Vitória Davalos de Souza

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO:

ANÁLISE FENOMENOLÓGICA SOB A ÓTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ano 2023

Vitória Davalos de Souza

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO:

ANÁLISE FENOMENOLÓGICA SOB A ÓTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ano 2023

CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS

Direito fundamental à saúde e judicialização: análise fenomenológica sob a ótica da reserva do possível

Diagramação: Ellen Andressa Kubisty
Correção: Maiara Ferreira
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: A autora
Autora: Vitória Davalos de Souza

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S729 Souza, Vitória Davalos de
Direito fundamental à saúde e judicialização: análise fenomenológica sob a ótica da reserva do possível / Vitória Davalos de Souza. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-1999-0
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.990230412

1. Direito à saúde. I. Souza, Vitória Davalos de. II. Título.

CDD 344.810411

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DA AUTORA

CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A presente obra propõe uma abordagem aprofundada sobre o fenômeno da judicialização no contexto do direito à saúde, destacando a interação complexa entre o neoconstitucionalismo, o Estado Democrático de Direito e os desafios práticos enfrentados pelos sistemas de saúde no Brasil. Este livro científico visa não apenas analisar criticamente o atual cenário, mas também oferecer insights para uma abordagem mais equilibrada e eficaz na garantia do direito fundamental à saúde.

Neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito: a primeira parte do livro estabelece as bases teóricas ao explorar os princípios do neoconstitucionalismo e seu impacto no Estado Democrático de Direito. Examina-se como o surgimento de uma nova perspectiva normativa influencia a interpretação e a aplicação das normas, especialmente no contexto dos direitos fundamentais.

Direito Fundamental à Saúde: a segunda parte concentra-se no direito fundamental à saúde, analisando sua natureza, extensão e as obrigações do Estado na promoção e garantia desse direito. A discussão abrange aspectos teóricos e práticos, destacando a relevância da saúde como um pilar essencial para a dignidade humana.

Evolução Histórico-Jurídica do Direito à Saúde no Brasil: a terceira parte realiza uma retrospectiva da evolução histórico-jurídica do direito à saúde no contexto brasileiro. Desde as primeiras normativas até as mudanças significativas decorrentes da Constituição de 1988, serão examinados os marcos legais e jurisprudenciais que moldaram a compreensão atual desse direito fundamental.

d) Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a última seção aborda a complexa questão da reserva do possível e do mínimo existencial no âmbito da judicialização da saúde. Analisa-se como esses princípios são aplicados em decisões judiciais, examinando os desafios práticos e éticos relacionados à demanda crescente por tratamentos e medicamentos de alto custo.

Este livro busca contribuir para o entendimento e a reflexão crítica sobre a judicialização da saúde no Brasil, oferecendo uma visão abrangente que considera não apenas as bases teóricas, mas também as implicações práticas desse fenômeno na sociedade contemporânea.

LISTA DE ABREVIAÇÕES E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARE	Agravo Regimental em Recurso Especial
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
FUNCEP	Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOA	Lei Orçamentária Anual
MI	Mandado de Injunção
MPRJ	Ministério Público do Rio de Janeiro
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PIB	Produto Interno Bruto
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RCL	Receita Corrente Líquida
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema único de Saúde
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul
TJMS	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul
TJPI	Tribunal de Justiça do Piauí
TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSE	Tribunal de Justiça do Sergipe

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, foi responsável por estabelecer uma série de direitos e garantias. Parte considerável desses direitos é considerada programática, sendo dotados, portanto, de natureza prestacional. No caso destes, a Carta Magna não só os previu, bem como impôs ao Estado o ônus de, por meio de políticas públicas, efetivá-los. Estes, no entanto, têm sido recorrentemente inobservados, o que incorre em uma série de efeitos, é o caso do fenômeno de judicialização dos direitos fundamentais. A judicialização, por sua vez, importou na mudança de orientações e no estabelecimento de novos paradigmas voltados a busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Dentre estes, destacam-se as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, sendo a última relevante na medida em que é suscitada pelo Estado para justificar o descumprimento de direitos prestacionais, sob a tese de que a ausência de recursos disponíveis à materialização de determinado direito o inviabilizariam. Além disso, a utilização da teoria da reserva do possível estabelece um liame de dependência entre os direitos e as situações orçamentárias que variam a depender de diversos fatores, coadunando-se com a visão econômica do Direito. No cerne dessa dicotomia entre os direitos fundamentais e a limitação do Estado, encontra-se um direito de suma importância para os indivíduos e que guarda relação direta com outros direitos de igual valor, tal como o direito à vida. Trata-se do direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988 e de responsabilidade do Estado. No que concerne a esse direito, a relevância que possui, somada à relação intrínseca e fundamental de prestação ativa do Estado, levou a um processo de judicialização complexo, onde a discussão do estabelecimento de óbices na forma da reserva do possível e a necessidade de observância do mínimo existencial foram mais bem debatidas, resultando em controvérsias relevantes ao Direito, tais como os questionamentos acerca do ativismo judicial ou os existentes quanto à possível violação da separação dos poderes com a tutela judicial de políticas públicas. Em atenção a isso, este trabalho busca analisar a judicialização dos direitos a partir da avaliação da judicialização do direito fundamental à saúde, considerando a forma como este se relaciona com a reserva do possível, questionando quais as possibilidades de aplicação e os efeitos que ocasionam na prestação da saúde, fazendo-se uma análise sistemática do direito e da ordem constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Judicialização da saúde; Reserva do possível; Mínimo existencial.

ABSTRACT

The Federal constitution of 1988, known as the Citizen Constitution, was responsible for establishing a series of rights and guarantees. These identify themselves as an expression of human rights and are directly linked to the dignity of the human person, one of the founding principles of the brazilian republic. Considerable part of these rights is considered programmatic, being endowed, therefore, of a prestational nature. In the case of these, the Magna Carta, not only foresaw them, and opposed the state the burden of, through public policies, effective them. These, however, have been recurrently inobserved, which intakes in a number of effects, is the case of the phenomenon of judicialization of the fundamental rights. Judicialization, in turn, imported into the change of orientations and the establishment of new paradigms aimed at the pursuit of the effectiveness of fundamental rights. Among these, we highlight the theories of the existential minimum and the reserve of the possible, the latter being relevant to the extent that is raised by the State to justify non-compliance with the provision of rights, under the thesis that the absence of resources available to the materialization of a certain right would render them unfeasible. In addition, the use of the reserve theory of the possible establishes a bond of dependence between the rights and the budgetary situations that vary depending on several factors, with the economic vision of law. At the heart of this dichotomy between fundamental rights and the limitation of the state, there is a right of paramount importance for individuals who have direct relationship with other rights of equal value, such as the right to life. This is the fundamental right to health, provided for in art. 196 of the Federal constitution of 1988 and the responsibility of the State. With regard to this right, the relevance it possesses, coupled with the intrinsic and fundamental relationship of active provision of the state, led to a complex judicialization, where the discussion of the establishment of obstacles in the form of the reserve of the possible and and the need for observance of the existential minimum were better debated, resulting in relevant controversies to the law, such as such as questions about judicial activism or existing ones as to the possible breach of the separation of powers with the judicial protection of public policies. In this regard, this paper seeks to analyze the judicialization of rights based on the assessment of the judicialization of the fundamental right to health, considering how it relates to the possible reserve, questioning the possibilities of application and the effects that cause in health care, making a systematic analysis of the law and constitutional order.
KEYWORDS: Right to health, Judicialization of rights; Possible reserve; Existential minimum.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

No Brasil, a redemocratização foi um processo que trouxe mudanças importantes à cultura jurídica brasileira. A instituição de uma nova ordem jurídica, balizada por princípios democráticos e pela dignidade da pessoa humana, resultou na alteração de pressupostos teórico-jurídicos e fáticos. Se de um lado a Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi responsável por estabelecer direitos, que por terem bens jurídicos de grande relevância, foram considerados fundamentais, por outro, logrou em moldar mecanismos que seriam responsáveis pela sua efetivação, principalmente no caso dos direitos fundamentais de caráter prestacional, ou seja, aqueles que demandam uma prestação ativa para que atinjam o bem a que tutelam. O constituinte originário dispôs em diversos dispositivos as formas como estes direitos seriam concretizados e quem seriam os responsáveis por fazê-lo. Em se tratando dos direitos prestacionais, a função de operacionalizá-los ficou a cargo do Estado. Dentre os direitos que se enquadram em prestacionais é relevante mencionar o direito fundamental à saúde. Trata-se de direito umbilicalmente relacionado à dignidade da pessoa humana e que abrange aspectos além da simples assistência médico-hospitalar.

A partir da promulgação da Carta Magna, houve um processo de normatização infraconstitucional de alguns direitos. Durante a década de 90 e início dos anos 2000, foram várias as legislações criadas para se dar efetividade aos direitos fundamentais. Como é o caso da Lei 8.080/90 que criou o Sistema Único de Saúde (SUS) e dá efetividade ao direito à saúde. Dentre outras coisas, a legislação logrou em determinar o quão complexo e amplo é o direito à saúde, ultrapassando a ideia de que este está ligado ao indivíduo acometido por doenças. A legislação estabeleceu que o direito à saúde abrange, além do tratamento, a prevenção das doenças, a vigilância sanitária e alimentar, bem como o estabelecimento de um política voltada à construção de uma saúde pública.

Ao passo que foram sendo materializados os direitos fundamentais, viu-se que entre a sua disposição e sua efetivação no mundo fático existe um grande número de fatores que precisam ser considerados, já que influem diretamente no modo como o direito é tutelado. No que concerne ao direito fundamental à saúde, um dos aspectos determinantes é o financeiro. Isso, pois a sua consumação demanda serviços que dependem de aportes financeiros, já que, além de recorrentes, podem possuir alto custo.

Assim, passou-se a discutir em demasia de que forma a limitação financeira seria um óbice à observação de direitos que, como o direito à saúde, demandam altos aportes. Infelizmente, a controvérsia não ficou adstrita ao campo teórico. Na prática, o Estado brasileiro é ineficaz para o atendimento das necessidades da população.

Nessa testilha, surgiu o fenômeno da judicialização de direitos fundamentais. Os indivíduos, ante o descumprimento de prestações ativas do Estado, buscavam mecanismos para a garantia de seus direitos. Dentre estes, destacou-se o processo de judicialização do direito à saúde, visto que este atingiu um nível de complexidade alto. Coube ao Poder

Judiciário dirimir conflitos entre os particulares, que demandavam seus direitos, e o Estado, que alegava não dispor de meios para tanto. Em sede jurisprudencial, as discussões resultaram no uso de duas teorias, a teoria da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial.

Cada uma destas passou a ser utilizada por uma das partes para justificar o fornecimento ou não de tratamentos, fármacos, atendimentos especializados e demais medidas que materializam o direito à saúde. No caso do mínimo existencial, defende-se a existência de um limite intangível e a não garantia do direito à saúde violaria-o, ferindo a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, o Estado alega que mesmo os direitos fundamentais demandam um custo para sua efetivação e que esse aspecto deve ser observado, já que a ausência de recursos financeiros por parte de si inviabiliza o direito à saúde. Esta contenda resultou em diversos efeitos no mundo jurídico, demandando do Judiciário uma tarefa infeliz, a de apresentar resposta aos litígios e pacificar quais os limites, e se eles existem, na concretização dos direitos fundamentais.

Desse modo, este trabalho pretende analisar o fenômeno da judicialização da saúde sobre a ótica da reserva do possível, avaliando o motivo pelo qual é necessária a intervenção do Poder Judiciário para a pacificação de questões atinentes ao acesso à saúde, procurando compreender a dicotomia que existe entre a necessidade de garantia deste direito em face aos limites materiais dos quais o Estado dispõe, identificado como a reserva do possível, investigando suas bases teóricas e hipóteses de aplicabilidade.

No primeiro capítulo, será feita uma análise da ordem constitucional brasileira sob o enfoque do neoconstitucionalismo, compreendendo como a reconstitucionalização do Estado foi importante para o estabelecimento dos direitos fundamentais, como aspecto do Estado Democrático de Direito, abordando o papel do Judiciário para a resolução dos conflitos que nele se instala.

No segundo capítulo, por sua vez, faz-se uma análise do direito fundamental à saúde, abordando qual o seu conceito, sua amplitude e de que forma é feita a judicialização deste direito, cotejando aspectos referentes aos seus aspectos econômicos e sociais.

Na terceira parte deste trabalho, será feita uma abordagem da construção histórica e jurídica do direito à saúde no Brasil, considerando-se desde a época do Brasil Colônia à contemporaneidade no pós-Constituição de 1988. A análise será feita considerando a forma como social e juridicamente se construiu a noção de saúde, bem como a sua compreensão como direito.

Por último, no quarto capítulo, abordou-se o tema da reserva do possível e do mínimo existencial, avaliando quais as suas concepções teóricas, com enfoque na reserva do possível. Procurou-se avaliar alguns pontos específicos quanto a ambas, como, por exemplo, a sua natureza de princípio e de que forma se insere numa visão econômica do direito, com base na teoria dos custos dos direitos. Ademais, cotejaram-se, por meio de análise jurisprudencial, as hipóteses de aplicabilidade. Ao final, analisou-se a inovação da

Lei 13.655/2018, que inseriu uma espécie de reserva do possível na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A metodologia a ser empregada na pesquisa a ser desenvolvida será o de coleta e análise tanto de material bibliográfico, quanto de dados disponíveis sobre o tema, bem como da jurisprudência produzida pelos tribunais. Para o cotejamento desses materiais, far-se-á o uso do método científico dedutivo e indutivo.

Em se tratando do material bibliográfico, será feita a coleta e análise de livros, doutrinas, teses de dissertação de pós-graduação, artigos científicas e as demais produções que se entenderem com pertinentes ao desenvolvimento da pesquisa. Para o levantamento do material disponível a título de produção científica, será feito o uso de indexadores de periódicos, como plataforma SciELO (Scientific Eletronic Library Online). Serão usadas como palavras-chave para a pesquisa de material os seguintes termos: “direito à saúde”; “reserva do possível”; “judicialização”; “direitos fundamentais”.

Além do material bibliográfico, será empreendida a análise da jurisprudência produzida pelos Tribunais Estaduais do Brasil em exercício da tutela jurisdicional, em vista de avaliar qual o entendimento existente a respeito da norma constitucional, procurando compreender a *ratio decidendi* quando do acolhimento ou denegação de pedidos fundados no acesso à saúde. Além disso, procurar-se-á identificar quais os pontos que dão azo a discussões. Será feito para levantamento dos julgados a serem analisados o uso do banco de jurisprudências disponibilizado pelos Tribunais, bem como da plataforma indexadora de jurisprudências, o Jusbrasil.

NEOCONSTITUCIONALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A princípio, salienta-se que a orientação dada pela CF/88 de preponderância da dignidade da pessoa humana e a preservação dos direitos fundamentais foi fruto de uma orientação teórico-jurídica criada no século XX. Esta significou o nascimento do Estado de Direito.

Foi durante o pós-guerra, logo no início dos anos 50 que se iniciou o processo de reconstitucionalização dos Estados europeus. Um dos marcos desse processo foi a teorização do positivismo jurídico-constitucional criada pelo austríaco Hans Kelsen. No modelo proposto por Kelsen há uma transformação na relação existente entre Estado, Indivíduo e Constituição. Convencionou-se denominar esse processo da reformulação das constituições de Neoconstitucionalismo.

Assim, a Constituição assume papel de fonte ideológica e de parâmetro para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, tendo como base as normas, princípios e direitos fundamentais, quando presentes, que são plasmados e resguardados pelo texto constitucional. Deixa de se admitir que após a promulgação da Constituição se promovam atos e que se produzam legislações que de alguma forma se encontram em dissenso com a Carta Magna.

Importante destacar que é a partir do neoconstitucionalismo que surge a figura do Estado Democrático de Direito. Salienta-se que este não surgiu a partir de uma relação puramente causal, o Estado Democrático de Direito deve ser considerado como um aprimoramento da orientação construída a partir do processo de reconstitucionalização. A doutrina Kelseniana e a colocação da Constituição como sendo dotada de hierarquia máxima entre as normas que compõem o ordenamento fundou o Estado de Direito. O Estado Democrático de Direito, por sua vez, foi criado apenas quando o texto constitucional passou a ser dotado de um viés democrático e a considerar a existência dos Direitos Fundamentais, abrangendo os de natureza individual e social, como indispensáveis e, sobretudo, oponíveis ao Estado.

Nesse escopo, o processo de reconstitucionalização proporcionado pelo neoconstitucionalismo partiu de um postulado segundo o qual a Constituição é elemento essencial à criação e subsistência, social, econômica, jurídica e, também, política dos Estados. Ao mesmo passo, repisa-se que foi a partir desse marco jurídico-teórico que se fortaleceram as instituições e ferramentas existentes para a proteção da ordem democrática, produzindo uma nova forma de organização política, o Estado Democrático de Direito, também denominados modernamente como Estado Constitucional Democrático ou Estado Constitucional de Direito. (BARROSO, 2005, p. 3-5).

Ainda no contexto do neoconstitucionalismo, seguindo a orientação Kelseniana, surge aquilo que Konrad Hesse chama de força normativa da constituição (*die normative kraft der verfassung*). Segundo Hesse, a Constituição seria dotada de uma capacidade de influenciar a atuação Poder Público e dos cidadãos. Nas palavras de autor (1991, p. 10-11):

> A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Dessa forma, a Constituição deixou de ser encarada apenas como um texto político, mas sim como uma força que orienta e fundamenta não só as normas infraconstitucionais, mas também a ação dos indivíduos que se encontram sob sua égide.

Nessa senda, repisa-se o já apontado anteriormente, que o Estado Democrático de Direito, também, em razão da existência dos direitos fundamentais e das ferramentas existentes para garantir a sua observância.

A respeito dos Direitos Fundamentais, importante destacar que estes são uma dimensão dos direitos humanos, inseridos no ordenamento jurídico pelo Poder Constituinte Originário e dotados, diferente dos Direitos Humanos, de sanção em caso de seu não cumprimento. Um dos principais pontos de controvérsia, em se tratando do Sistema Internacional de Direitos Humanos, é a possibilidade da aplicação de sanção ao Estado que descumpre os termos das normas internacionais. Dessa forma, os Direitos Fundamentais são imprescindíveis não apenas pela sua carga ideológica e simbólica, mas principalmente pela sua capacidade de promover a eficácia dos Direitos Humanos. Esse rol de direitos ganha papel importante em sede do Direito Brasileiro, visto que servem para subsumir neste os direitos humanos, dotando-os de materialidade e delineando seus limites formais.

A respeito disso Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 350) apontam:

> Nesta perspectiva, é preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico- constitucional assegurado pelo constituinte às normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, criou-se na Constituição Federal de 1988 uma série de direitos que, previstos no texto constitucional, passaram a ingressar o rol dos considerados direitos fundamentais.

Estes direitos são considerados de suma importância para a garantia de valores caros à sociedade em diversos níveis e de diversas formas. No que concerne à Justiça e ao Direito, por exemplo, os direitos fundamentais se relacionam diretamente às garantias processuais, como o devido processo legal, e a postulados que surgem de uma construção moral e social, como a presunção de inocência. Por sua vez, nos aspectos políticos, os direitos fundamentais estão relacionados às liberdades, a saber: a liberdade de associação, a liberdade de reunião, a liberdade de criação de associações.

A existência de direitos fundamentais é consectário lógico em uma democracia, especificamente naquele erigida na forma do Estado Democrático de Direito.

Alexy ao conjecturar sobre a origem dos direitos fundamentais, de um ponto de vista ético-filosófico, cita Immanuel Kant (1911, p. 237 *apud* ALEXY, 2012, p. 181), que ao responder o questionamento quanto a origem de ter direitos lecionou "a liberdade (independência de ser coagido pelo arbítrio de outrem), desde que possa existir em conjunto com a liberdade dos outros com base em uma lei geral", trata-se do direito "único, original e conferido a todos", e isso em razão da sua "humanidade", que segundo o próprio Kant se caracteriza por ser o ser humano um ser racional.

Quanto ao mesmo questionamento, Alexy destaca a conclusão de Larenz (1935, p. 60 *apud* ALEXY, 2012, p. 181), segundo o qual:

> Nós entendemos que a relação jurídica fundamental é o direito de alguém a ser respeitado por todos como pessoa e, ao mesmo tempo, o seu dever, em relação aos outros, de respeitá-los como pessoas (...). Nessa relação, o 'direito' de uma pessoa é aquilo que lhe cabe ou lhe é devido enquanto pessoa, e aquilo que os outros são obrigados ou vinculados a lhe garantir ou a respeitar.

Os direitos fundamentais possuem duas acepções para a compreensão de seu teor, quais sejam, ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas. A primeira diz respeito ao fundamental social e moral, enquanto a segunda concerne ao modo como o direito fundamental está inserido no contexto do ordenamento jurídico, sendo o último caso que dita sua validade perante o sistema jurídico.

No caso do Brasil, os direitos fundamentais podem ser avaliados sob as duas óticas. Em se tratando do seu fundamento ético-filosófico, pode-se compreender como fundamento questões referentes à moral, aos costumes, ou mesmo à inspiração advinda de tratados e convenções internacionais. Por exemplo, vê-se que as noções, como de dignidade da pessoa humana, são, guardada devidas proporções, implícitas. A Constituição Federal não precisou discorrer muito menos impor conceitos ou um rol taxativo de hipóteses que são consideradas dignidade da pessoa humana. Por sua vez, no que diz respeito ao fundamento jurídico-dogmático, este se encontra expresso na Constituição Federal de 1988 na forma das normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais, sendo a sua previsão o critério que imputa válido o direito fundamental.

No caso do direito à saúde, o fundamento ético-filosófico se origina nas concepções de solidariedade, que pugnam a divisão dos riscos sociais que se desenvolveram majoritariamente no início do século XX, podendo ser exemplificada nas constituições como do México (1917) e de Weimar (1919), que trouxeram ao Estado e a organização jurídico-constitucional elementos sociais, estabelecendo, ainda, ônus do Estado para com o indivíduo.

Naquilo que se refere ao fundamento jurídico-dogmático, o direito à saúde encontra-se previsto na Constituição como Direito Social no art. 6º, sendo a relação entre si e a obrigação estatal de fazê-lo observar prevista no art. 196 da Carta Magna.

No entanto, ultrapassando-se análises teórico-jurídicas, a fundamentalidade do direito à saúde está demonstrada no seu caráter de essencialidade à vida humana e à dignidade do indivíduo.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No contexto da reconstitucionalização brasileira, o direito à saúde ganhou grande relevância e foi alçado à categoria de direito fundamental, portanto, essencial à pessoa humana, sendo posteriormente materializado pela Lei 8.080/2019.

Dessa forma, é de suma necessidade a compreensão de que forma o direito à saúde se insere no ordenamento jurídico brasileiro e quais os principais aspectos que resultam do processo de judicialização desse que é um dos direitos mais básicos do ser humano.

2.1 CONCEITO E AMPLITUDE

O direito à saúde identifica-se no ordenamento jurídico brasileiro como um Direito Fundamental a todos os indivíduos e dever do Estado. Em que pese tenha guarida constitucional, trata-se de Direito relativamente novo e que foi estabelecido como tal a partir do século XX, mais especificamente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Esta prevê em seu art. XXV que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar”. (ONU, 1948).

Sob o ponto de vista da história do Direito Brasileiro, o direito à saúde só foi alçado na forma que se concebe contemporaneamente a partir da Constituição Federal de 1988, num contexto específico que o dotou de não apenas da fundamentalidade material, qual seja a sua previsão na norma constitucional, mas a criação de mecanismos responsáveis pela sua implementação.

Nessa senda, o direito à saúde desenvolve-se na ordem constitucional de forma a ser revestido daquilo que convém denominar-se como fundamentalidade. A fundamentalidade se identifica com a presença de elementos que caracterizam os direitos como fundamental, esta pode ser formal ou ainda material. No caso da formalidade material, aponta Sarlet (2006, p. 04):

> Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.).

Por sua vez, naquilo que concerne à formalidade formal, continua Sarlet (2006, p. 04-05):

> Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.

No caso do direito em questão, este se compõe a partir de uma perspectiva de dupla fundamentalidade, o que o identificaria como um direito de grande relevância para a ordem jurídica constitucional brasileira.

Segundo André da Silva Ordacgy (2014), "o direito à saúde pode ser considerado o direito humano e social mais importante, de caráter universal, essencial e inafastável". A classificação do direito à saúde como direito social não é novidade e se encontra na Constituição Federal de 1988, no caput de seu artigo 6º, que diz que "São direitos sociais a educação, a saúde (...) na forma desta Constituição".

Ainda em nossa Carta Constitucional, o artigo 196, *caput*, assegura a saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", restando, desta forma, comprovado o dever do Estado de viabilizar maneiras de proteção, promoção e recuperação da saúde dos cidadãos.

Do mesmo modo, a proeminência do direito à saúde se demonstra ao se promover sua análise em relação aos demais direitos fundamentais. Este, especificamente, possui grande vinculação a outros direitos, como o direito à vida, mas também a princípios, como princípio da dignidade da pessoa humana que, de acordo com o disposto no art. 1º, III, da CF/88, identifica-se como fundamento da República. De acordo com Sarlet (LOUREIRO 2006 *apud* SARLET 2017, p. 672):

> Assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.

Assim, o direito à saúde se compreende de maneira a considerar-se todo o sistema de normas constitucionais, não sendo um direito isolado, mas sim que se fundamenta em outros e se destina à eficácia dos demais.

Outro aspecto e característica desse direito é a necessidade da intervenção estatal. Nos moldes constitucionais, em sendo do Estado o dever de proteção e promoção da saúde, este necessita de ampla instrumentalização, ou seja, urge a criação de ferramentas que possibilitem a busca pela eficácia do direito à saúde.

Conforme já aludido, o direito à saúde desenvolve-se sob diversos aspectos, o que demonstra a sua relevância. O direito à saúde pode ser relacionado a questões tanto referentes à prestação direta do Estado, quanto na forma de práticas de prevenção, é o caso das normas de saúde pública, meio ambiente, meio ambiente do trabalho e etc., incorrendo em demais direitos que são originários de si ou que só alcançam a sua efetivação material quando aplicados em relação ao direito à saúde. A previsão constitucional, por conseguinte, dá luz à interpretação das normas, bem como serve de parâmetro para a efetivação de práticas pelo Poder Público e por particulares.

Por exemplo, quando o Executivo estabelece normas de saúde e segurança do trabalho ou normas ambientais que visam à saúde da população, está, de forma indireta, fazendo cumprir o ônus quanto ao direito à saúde, já que estabelece parâmetros mínimos de condições ambientais que importam em repercussões na saúde do indivíduo.

Nessa testilha, faz-se referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face de decisão que condenou o agravante a realizar o pagamento de multa por descumprimento de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), celebrado entre si e o Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro (MPRJ).

No caso em comento, o TAC foi feito com objetivo de o agravado não mais produzir ruídos ou barulhos em seu estabelecimento, veja-se:

> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sonora. Questão. ambiental. Interesse de todos. Deve prevalecer a norma mais restritiva com o problema da poluição sonora. CONAMA – interesse nacional. O direito de propriedade está expressamente assegurado pela Constituição, em seu art. 5º, XXII. Entretanto, o mesmo deve ser ponderado, no caso, com o direito à saúde, o qual também tem amparo Constitucional, art. 225. Conviver com um ruído acima do permitido é intolerável, provocando desconforto e Irritabilidade, restando configurado o dano moral. Recurso que se nega seguimento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil. (BRASIL, TJRJ. Agravo de Instrumento n.º 0010441-60.2008.8.19.0000, Relator: Des. Leandro Ribeiro, 15ª Câmara).

No caso em comento, o TJRJ compreendeu que a emissão de barulhos e ruídos excessivos, além de ser hipótese de poluição sonora, afronta diretamente o direito à saúde, já que o ruído acima do permitido pode causar diversos desconfortos a quem a ele é submetido. Outro ponto relevante a se destacar do referido julgado é a sobreposição do direito fundamental à saúde em relação ao direito fundamental à propriedade, demonstrando a sua relevância coletiva, sendo matéria de ordem pública.

Assim, conclui-se que a amplitude do direito à saúde permite como que este seja oposto tanto a relações entre o indivíduo e o Estado, quanto naquelas celebradas entre particulares. É o caso dos contratos de plano de saúde. Em que pese sejam contratos particulares, que são regidos por princípios específicos do Direito Civil e balizados por parâmetros que dão prevalência a autonomia da vontade e ao *pacta sunt servanda*, tem prevalecido o entendimento que até mesmo nestes prepondera o direito à saúde. Veja-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL, CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO COLETIVO DE SEGURO SAÚDE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO OU EMPRESARIAL. DIAGNÓSTICO DE NEOPLASIA. NÓDULO HEPÁTICO COMPATÍVEL COM HEMANGIOMA. TRATAMENTO DE EMERGÊNCIA. ARTIGO 35-C, DA LEI 9.656/98. MANUTENÇÃO DA COBERTURA. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE. DECISÃO MANTIDA. 1. O regramento disposto no Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao litígio envolvendo fornecedora de serviços de saúde e destinatária final desses serviços. Tal entendimento foi consolidado por meio da Súmula nº 469 do colendo Superior Tribunal de Justiça: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". 2. A função social da prestação de serviço de saúde é dar pronto e adequado atendimento ao segurado em situação de perigo de saúde, de modo a preservar a sua integridade física e psicológica. 3. Nada obstante exista a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos coletivos de planos de saúde, desde que cumpridos os requisitos legais, em se tratando de risco grave a valores fundamentais da magnitude do direito à vida, saúde e dignidade, a solução aponta para a inviabilidade de acolhimento do pleito de rescisão unilateral do contrato. 4. Configurado o estado de emergência ou urgência do tratamento, nos termos dos artigos 13 e 35 - C da Lei 9.656/98, não se admite a prevalência da alegação de cumprimento dos requisitos legais para o desfazimento unilateral do pacto. 5. No conflito que envolva os direitos mais essenciais à raça humana (vida - também em sua premissa de dignidade - e saúde), não se pode falar em relativização dos direitos fundamentais pelo equilíbrio financeiro do contrato, eis que os bens jurídicos conflitantes apresentam magnânima desproporção entre si, de forma que a recusa em manter a cobertura do plano de saúde mostra-se indevida, ferindo cláusula geral de índole constitucional. 6. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (BRASIL, TJDFT. Agravo de Instrumento n.º 07071419620198070000, Relator: Des. Simone Lucindo, 1ª Turma Cível).

No julgado exposto é clara a orientação que dota o direito à saúde de prevalência. A lide cingia-se a rescisão contratual unilateral por parte da seguradora de um seguro de saúde coletivo. A agravada havia conseguido em primeira instância o deferimento parcial da tutela de urgência que, com fulcro no art. 1º da Resolução 19/1999 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), obrigava a seguradora a oferecer plano de seguro ou assistência à saúde na modalidade individual. O agravante insurgiu-se contra a decisão, defendendo que o art. 3º da resolução aduz que tão somente se aplica a hipótese do art. 1º aos planos de saúde que possuam, concomitante ao plano de saúde coletivo, planos de saúde individual, o que não era o caso.

A agravada estava à época da apreciação do recurso aguardando diagnóstico definitivo, mas já haviam sido detectados nódulos hepáticos compatíveis com hemangiomas.

De acordo com o exposto no julgado, o quadro médico da agravada era de relativa urgência, existindo riscos a sua saúde, não havendo, portanto, possibilidade de atender o pleito e revogar a tutela deferida. Mesmo ante diversos elementos relativamente passíveis

de, a nosso ver, reverter a tutela, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) concluiu que não pode haver qualquer tipo de relativização do direito à saúde ante o equilíbrio financeiro do contrato, visto que é desproporcional o direito à saúde.

> No conflito que envolva os direitos mais essenciais à raça humana (vida - também em sua premissa de dignidade - e saúde), não se pode falar em relativização dos direitos fundamentais pelo princípio do pacta sunt servanda, eis que os bens jurídicos conflitantes apresentam magnânima desproporção entre si, de forma que a recusa em manter a cobertura por plano de saúde mostra-se indevida, ferindo cláusula geral de índole constitucional. (BRASIL, TJDFT - Agravo de Instrumento n.º 07071419620198070000, Relator: Des. Simone Lucindo, 1ª Turma Cível).

Ante o exposto, conclui-se que concepção de saúde deve, portanto, abranger outras modalidades de tutela que mesmo não ligadas à atenção primária ao indivíduo acometido de alguma moléstia, lhe garantem a saúde e o bem estar, bem como deve possuir, guardada as devidas proporções, prevalência.

Outrossim, pode-se, porquanto, estabelecer que o direito à saúde possua duas dimensões, quais sejam a dimensão individual e a dimensão coletiva. A primeira está relacionada à manutenção da saúde e do bem-estar a nível individual, enquanto na segunda a proteção à saúde se dá de maneira transindividual, envolvendo uma série de mecanismos que visam a melhora quer difusa, quer coletiva da saúde.

Em atenção à previsão constitucional, que dotou o Estado a responsabilidade pela promoção da saúde de forma universal, criou-se em 1990, por meio da Lei n.º 8.080, o Sistema Único de Saúde (SUS), ferramenta que faz possível a efetivação do direito à saúde, sendo importante a sua menção ao se discutir a amplitude deste. A partir da criação do SUS, fomentou-se o sistema de proteção e promoção à saúde.

Importante destacar que a partir da CF/88, o direito à saúde assumiu diversos enfoques, sendo, portanto, tutelado de diversas formas e em diversos níveis de complexidade. Tal alteração importou na superação da orientação de que o direito à saúde é aquele exclusivamente de caráter prestacional, especialmente caracterizadas pelo acesso a fármacos e atendimento médico. Esta orientação coaduna-se com as normas internacionais de Direitos Humanos em matéria de saúde, compreendidos como garantidores da dignidade da pessoa humana.

No plano internacional, o direito humano à saúde encontra-se em constante construção e aperfeiçoamento desde a Declaração Universal de Direitos Humanos. Nesta, por exemplo, o direito à saúde era reconhecido de forma incidental, estando ligado diretamente à esfera de proteção do direito à vida. (TORRONTEGUY, 2011, p. 82). Desde então, os sistemas universais e regionais de proteção de direitos humanos foram promovendo o seu aprimoramento, individualizando-o.

O destaque do direito à saúde se deu a partir do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, incorporado no ordenamento jurídico

brasileiro em 1992 através do Decreto n.º 591/1992. Este ao dispor sobre o direito à saúde, traz em seu art. 12, inciso I, o seguinte: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. (ONU, 1966).

A nível regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê, assim como no caso da DUDH, o direito à saúde subentendido e ligado a outros direitos humanos.

Embora não inviabilizasse a sua persecução, a ausência, assim como no sistema universal, não era a forma ideal de se tutelar um direito humano com tamanha relevância.

Foi no protocolo de San Salvador, de 1988, que o direito à saúde passou a ser expressamente reconhecido. Parte-se do pressuposto de que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos”. (OEA, 1988 *apud* TORRONTEGUY, 2011, p. 104-105).

O art. 10 do Protocolo aduz o seguinte:

> 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
>
> 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
>
> a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
>
> b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
>
> c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
>
> d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
>
> e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde;
>
> f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O Protocolo não só expressa o direito à saúde, como o dota de dimensões que ultrapassam a simples prestação básica. Por exemplo, previu que este perpassa, por exemplo, a atenção à saúde e segurança no trabalho, proibindo o trabalho de menores de dezoito anos em locais que apresentem riscos à sua integridade física e mental, assim como reconheceu o direito à previdência social, abrangendo direito ao atendimento médico e auxílio em caso de acidentes de trabalho, doenças profissionais e à licença maternidade. (TORROTENGUY, 2011, p. 105).

Nessa senda, em atenção ao previsto em matéria constitucional e internacional de proteção aos direito humanos, que o SUS foi desenvolvido, sendo a Lei 8.080/90 a demonstração disso.

Por exemplo, o art. 5º da Lei 8.080/90 estabelece quais são os objetivos do Sistema Único de Saúde. Pugna que estes abrangem não só o atendimento médico e farmacêutico, mas que também tangenciam outros aspectos importantes para a promoção da saúde.

A referida norma além de criar o sistema único, estabeleceu princípios e diretrizes para si, bem como declinou aos entes federados do executivo determinadas incumbências que demonstram a amplitude do conteúdo que forma o direito à saúde.

De acordo com a Lei, são atribuições comuns da União, dos Estados e Municípios, dentre outras coisas, a elaboração de normas técnicas e o estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos no tocante à assistência à saúde, a participação de formulação da política e da execução das ações concernentes ao saneamento básico e a colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente, realizar pesquisas e estudos na área da saúde, definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização na fruição de seu poder de polícia sanitária, fomentar, executar e coordenar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial e etc. (BRASIL, 1990).

Ademais, outro aspecto relevante na instituição do SUS se refere aos princípios que regem o sistema único. Estes são essenciais para a compreensão de como o sistema de saúde e o próprio direito à saúde devem ser tutelados, tendo em vista a função interpretativa dos princípios.

A Lei instituidora do SUS estabelece como princípios do sistema os seguintes: universalidade, integralidade da assistência, preservação da autonomia das pessoas, igualdade de assistência à saúde, direito à informação dos assistidos sobre sua saúde, divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços do sistema e sua utilização, utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridade e orientação programática, participação da comunidade, descentralização político-administrativa, integração em nível executivo dos entes federados, conjugação de recursos (aqui compreendidos como financeiros, tecnológicos materiais e humanos entre os entes federados), capacidade da resolução dos serviços em todos os níveis de assistência e a organização de serviços públicos de modo a evitar a duplicidade de meios para fins idênticos.

Outro princípio, estabelecido recentemente e que foi inserido pela Lei n.º 12.845/2013, cuja redação foi alterada pela Lei n.º 13.427/2017, é o da organização do atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica.

A construção do sistema único de saúde demonstra nestes princípios a sua orientação, qual seja a de construção de um sistema voltado à sociedade a promoção da saúde em diversos aspectos.

> Dentro dessa abordagem, a Promoção da Saúde é definida como o processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria da sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle desse processo. Neste sentido, incorpora na sua práxis valores como solidariedade, eqüidade, democracia, cidadania, desenvolvimento, participação e parceria que se constitui numa combinação de estratégias, envolvendo vários atores: Estado, comunidade, família e indivíduo. (MACHADO et al., 2007, p. 336).

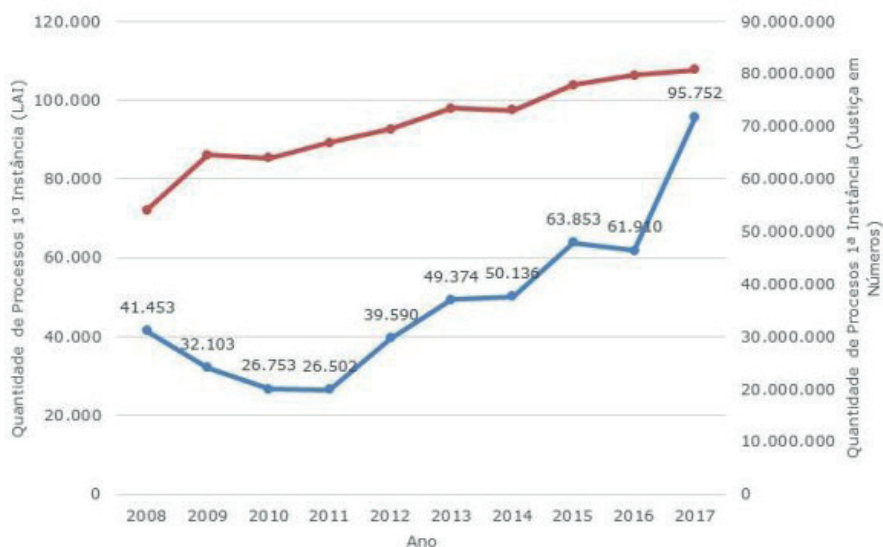
O SUS em razão da sua dimensão e pelo caráter da universalidade, atendendo milhões de brasileiros e sendo o único meio de assistência médica de muito desses milhões. Ademais, significou, partindo-se de uma análise histórica, o ponto decisivo para a busca pela efetividade do direito à saúde no Brasil.

2.2 FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Mesmo com tais garantias constitucionais e a criação de uma rede que busca a universalização da saúde a necessidade de procurar a Justiça para que estes direitos sejam efetivados se torna cada vez maior e o Poder Judiciário se encontra abarrotado de processos neste sentido. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), só em 2015 houve o ajuizamento de 854.506 processos, cujos assuntos estavam relacionados à saúde.

Ainda de acordo com o CNJ, o número de ações que versam sobre a judicialização da saúde tem tido um crescimento relevante nas últimas décadas. Em seu relatório intitulado *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução*, o órgão traçou quais é o perfil das demandas que se inserem nesse fenômeno, realizando levantamento na primeira e segunda instâncias dos tribunais que fazem parte da Justiça Estadual e Federal.

No que diz respeito ao número de demandas, o relatório concluiu que houve, entre os anos de 2007 e 2018, um aumento relevante da judicialização da saúde, alcançando um crescimento de aproximadamente 130%. Em primeira instância, por exemplo, o crescimento do número total de ações foi de 50%.

Tabela SEQ Tabela * ARABIC 1 - Evolução do número de processos sobre saúde distribuídos por anos

Fonte: CNJ; INSPER, 2019, p. 46.

Da mesma forma em que o Estado possui o dever de garantir a observância e eficácia dos Direitos Fundamentais, ele também é dotado de limites, sejam eles financeiros ou administrativos. O rol de Direitos Fundamentais cuja característica envolve prestações positivas do Estado é extenso. Além do direito à saúde, inserem-se nesse contexto direitos como o direito à moradia, o direito ao lazer, o direito ao transporte, o direito à segurança e etc.

Ante a inabilidade do Estado e a necessidade do indivíduo, o Judiciário tem tido papel decisivo para a observância dos Direitos Fundamentais. Foi a partir da promulgação da CF/88, com o estabelecimento de mecanismos de controle entre os Poderes, que se encetou o fenômeno da judicialização de direitos, tendo crescido exponencialmente todos os anos.

Assim, importante é compreender quais os fundamentos da judicialização e de que forma o Poder Judiciário é relevante nessa questão. Superado o delineamento dos Direitos Fundamentais, passa-se a análise do fenômeno da judicialização dos direitos.

A partir da Constituição de 1988, o Poder Judiciário ganhou grande relevo e teve seus fundamentos alterados para se adequar a ordem do novel texto constitucional. Em se tratando da Justiça, a Carta Magna foi responsável por promover como direito fundamental o acesso à justiça, compreendido aqui como a possibilidade de ter acesso facilitado não só à tutela jurisdicional, por meio, por exemplo, da isenção de custas, mas também à assessoria jurídica de qualidade e a tutela efetiva e célere.

Da mesma maneira que é fonte de garantia de direitos o acesso facilitado à justiça trouxe consequências claras e de difícil resolução, como é o caso da judicialização dos direitos fundamentais.

A judicialização é um fenômeno *suis generis* e que traz ao Direito brasileiro um desafio. De acordo com o que leciona Luís Roberto Barroso (2009, p. 9):

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo
>
> — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Trata-se de um fenômeno histórico, fruto de um processo que abrange diversos fatores, sendo comum ao constitucionalismo democrático. Dentre as principais razões para sua ocorrência, cita-se a colocação da norma constitucional, onde se insere o âmbito de proteção, como fundamento do ordenamento, dotando a Carta Magna da já referida força normativa. O processo ressignifica o papel do judiciário, valorizando o ativismo, que em algumas ocasiões substitui deliberações que deveriam ser tomadas no âmbito político, daí os diversos questionamentos. (LEAL, 2014, p. 128).

Nesse sentido, mesmo ocorrendo para a garantia da eficácia de outros direitos, foi nas ações cujo objeto fosse o direito à saúde que o fenômeno da judicialização ganhou grande reconhecimento.

Odarcgy (2014, p. 9) traz à baila sábia definição do que é o fenômeno da judicialização no que diz respeito ao direito à saúde, dizendo que:

> A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos pelos órgãos públicos (...) têm feito a população civil socorrer-se das tutelas judiciais de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, fenômeno esse que veio a ser denominado de 'judicialização' da saúde.

Desta forma, é possível conceituar a judicialização da saúde como a ampliação do direito à saúde por meio de decisões judiciais, seja abarcando direitos não antes garantidos (medicamentos não padronizados, por exemplo) ou direitos previamente garantidos, porém não efetivados.

Para ingressar com ação com intenção de obrigar o Estado à viabilização do tratamento, a pessoa que acredita ter sido lesada necessita provocar o Poder Judiciário, e, por normalmente se tratar de indivíduo hipossuficiente sem condições de contratar advogado particular, acaba procurando a Defensoria Pública, que muitas vezes possui núcleos próprios de atendimento à saúde por se tratar de demanda extremamente volumosa. Entretanto, devido justamente à grande demanda, tanto da Defensoria quanto do Judiciário, demoram-se meses e até mesmo anos para que um paciente consiga decisão favorável ao fornecimento do tratamento pleiteado.

O panorama não é favorável. O problema não se resume apenas em conseguir decisão concessiva da tutela jurisdicional. Além da própria morosidade processual, quando o Estado recebe ordem judicial que determina o fornecimento do tratamento ao indivíduo, este reincidentemente descumpre a decisão.

Sob essa ótica, há um forte embate entre a obrigação do Estado e o direito do cidadão. Os conhecidos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, que serão tratados posteriormente, são frequentemente abordados em situações neste sentido.

A respeito do modo como se construíram os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, é importante destacar o seguinte (BARROSO, 2009, p. 20):

> A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Pelo que se depreende do lecionado por Luís Roberto Barroso, o Poder Constituinte foi responsável por estabelecer uma dinâmica de normas voltada à disciplina do Direito.

Dessa forma, há que se considerar qual o papel do Judiciário, sendo que sua atuação tem sido fundamento de diversas controvérsias. Muito se discute a respeito do ativismo judicial e se há limite para a atuação deste Poder para substituir, por meio da tutela jurisdicional, a competência dos demais poderes, Legislativo e Executivo.

Salienta-se que o direito em questão não se resume à prestação básica, farmacológica e assistencial. Assim como a saúde possui amplitude que abrange funções mais amplas que estas, a própria judicialização segue esta lógica.

A judicialização de direitos fundamentais institui-se na contemporaneidade de duas formas majoritárias, qual seja a judicialização dos direitos fundamentais individuais e a judicialização dos direitos fundamentais de forma transindividual. Em ambos os casos, além da tutela jurisdicional do direito em si próprio, também existe a possibilidade de se promovê-la mediante a judicialização do ônus que recai ao executivo de se fazê-los observar. A judicialização das políticas públicas, em especial a se saúde tem ganhado grande relevância doutrinária, acadêmica e jurisprudencial. A partir da aplicação do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento de diversas ações constitucionais cujo objeto eram as políticas públicas.

A título de exemplo, cita-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45/DF, julgada monocraticamente pelo decano Celso de Mello.

A ADPF tinha como objetivo a suspensão do veto presidencial imposto ao art. 59, §2º da lei que dispunha sobre as diretrizes para a elaboração do orçamento da União no ano de 2004, em razão da violação de preceito fundamental da CF/88. Veja-se a ementa do julgado:

> EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (BRASIL, STF. ADPF 45/DF).

À época houve a perda do objeto da Ação, no entanto, o *decisum* do ministro foi claro ao dirimir o conflito quanto à possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para

a apreciação das ações e omissões do Poder Público ante as políticas públicas. Para se compreender o veto é necessário asseverar que o orçamento do Ministério da Saúde, as despesas suportadas são, principalmente, de quatro ordens: a) ações e serviços de saúde; b) encargos previdenciários; c) serviço da dívida; d) gastos do Ministério custeados com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP). (FONTE, 2013, p. 33)

O referido veto afetava a disposição que versava sobre a inclusão apenas da primeira despesa na vinculação orçamentária presente no art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), incluído pela Emenda Constitucional (EC) N.º 29 de 2000. Assim, entrariam na vinculação do mínimo orçamentário para a saúde as despesas das demais ordens. À época, o requerente pugnou que o veto presidencial desrespeitaria o direito à saúde previsto no art. 6º e 196 da CF/88. (FONTE, 2013, p. 33-34).

De acordo com o Ministro, a ADPF é meio capaz de promover o controle judicial das políticas públicas e este pode ser realizado em ação que tenha por objeto a "omissão administrativa, para a garantia dos direitos fundamentais de natureza econômica, social e cultural que necessitam de ações do Estado para serem concretizados" (BRASIL, 2004 *apud* FONTE, 2013, p. 34).

O entendimento do ministro foi novamente reiterado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (ARE) 410.715-5, julgado pela 2ª Turma do STF e relatado pelo Ministro Celso de Mello. O recurso havia sido interposto pelo Município de Santo André contra a decisão em sede do RE que decidiu como sendo dever do ente o fornecimento de creche para menor. O ministro reiterou o entendimento do RE de que o direito ao acesso à creche é, com base nos arts. 208, IV e 212, §2º, ambos da CF/88, um direito subjetivo e oponível aos municípios. Nas palavras do Ministro:

> O descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, §2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever de execução inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário "às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV). (BRASIL. STF – AReg-RE 410.715-5/SP, 2005).

Ainda na ocasião desse recurso, estabeleceu-se que são critérios para a judicialização das políticas públicas os seguintes: a) a política pública deve ser constitucionalizada e

relacionada aos direitos fundamentais, devendo ainda ser possível o controle, já que não há espaço no âmbito destas para a discricionariedade da Administração Pública; b) deve haver omissão estatal ou prestação deficiente; c) argumentos orçamentários não servem de justificativa para a omissão, salvo se houver comprovação objetiva de que os recursos existentes e/ou utilizáveis foram utilizados para a finalidade da política pública. (BRASIL, 2005, *apud* FONTE, 2013, p. 35-36).

> De análise dos acórdãos, verifica-se, como regra geral, a premissa de que o desenho das políticas públicas deve ficar ordinariamente a cardo do processo político, dando-se a intervenção judicial apenas em caráter excepcional. Porém, para as políticas públicas constitucionalizadas e que dizem respeito a direitos fundamentais, faz-se cabível a intervenção judicial no intuito de compelir a Administração Pública a realizar prestações materiais concernentes a tais direitos, quando verificado o inadimplemento. (FONTE, 2013, p. 36-37).

Portanto, as políticas públicas de natureza constitucional são casos recorrentes de judicialização, destacando-se nesse cenário as referentes ao direito à saúde. Seguindo o estabelecido pelos precedentes do STF, as políticas públicas de saúde podem ser objeto de controle judicial por se tratarem de direito fundamental cuja ação estatal recebe guarida constitucional.

As políticas públicas compreendem as ações e os programas realizados para dar efetividade aos comandos impostos pela ordem jurídico-constitucional que necessitam de uma ação ativa estatal. As políticas públicas não se resumem a tarefa de dar efetividade às normas de direitos sociais, mas também servirão aos direitos fundamentais e humanos, qual seja a sua dimensão. (FONTE, 2013, p. 45).

Estas ganham grande relevância dentro da ordem jurídico-constitucional brasileira pelo caráter da nossa Constituição. A Carta Magna brasileira, em atenção a diversas especificidades do país, bem como de sua cultura jurídica e política, adotou como modelo o de constituição programática. Nesse contexto, a Constituição sempre formulará pretensões relativamente à agenda institucional, estabelecendo metas a serem alcançadas pelo arcabouço de ferramentas sociais, políticas e jurídicas. As políticas públicas estão ligadas aos direitos fundamentais, prestacionais ou não, bem como ao Estado que pretende influir sobre a realidade social.

Ademais, de acordo com o que leciona Fonte (2013, p. 49), as políticas públicas englobam uma série de leis, atos administrativos e fatos tendentes à realização de determinada finalidade. Nessa senda, a judicialização das políticas públicas pode se dar em diversas das fases das políticas públicas, desde a sua elaboração a sua efetivação no meio fático-jurídico.

Para a análise do direito à saúde sob o viés da judicialização, parte-se de um pressuposto em que este direito se instituiu numa lógica com vistas a sua autoaplicabilidade, podendo ser exigido via judicial com base apenas no texto constitucional. (BAHIA;

ABUJAMRA, 2019, p. 308). Rememora-se o abordado no item anterior quanto a sua fundamentalidade.

Considerando-se a fragilidade do poder político civil, vê-se que a decisão de dotar o Poder Judiciário é, guardada devidas proporções, uma alternativa a se considerar para garantir a observância dos Direitos Fundamentais, assim ocorre em muitos Estados de Direito. Além disso, não se pode olvidar que, de acordo com o previsto na Constituição, art. 5º, XXXV "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Assim, considerar-se-á a judicialização como um fenômeno que decorre de fatores conflitantes na relação Estado-indivíduo e que demandam a intervenção do Poder Judiciário para a sua garantia. A orientação voltada à judicialização deve perdurar enquanto permanecerem os descumprimentos.

No entanto, salienta-se que deve existir um limite entre a tutela jurisdicional efetiva para a observação de Direito Fundamentais e a atuação do Poder Judiciário. O próprio Judiciário considera a necessidade de equilíbrio e limitação. Assim, tem instituído, principalmente na jurisprudência, algumas diretrizes e limites para o reconhecimento dos Direitos Fundamentais.

Dessa forma, o papel do Judiciário não se resume a obrigar o Estado a cumprir uma obrigação prevista constitucionalmente, mas inclui o estabelecimento de limites materiais ao direito formalmente garantido. Trata-se de um ônus que lhe foi imposto de forma dúplice.

Nessa testilha, cabe fazer menção ao princípio da integralidade da assistência.

Conforme já apontado anteriormente, o legislador buscou, ao idealizar o Sistema Único de Saúde e a dispor sobre a materialização do direito à saúde, seguir uma série de princípios, pelos quais é capaz se compreender a nortear a forma como o direito poderá ser tutelado pela Administração Pública, estando estes dispostos na CF/88 e na Lei 8.088/90.

Destaca-se, dentre estes, o princípio da integralidade da assistência que está umbilicalmente ligado à característica de fundamentalidade do direito à saúde, a premência de sua tutela, a busca pela sua efetivação e, consequentemente, ao aspecto da judicialização.

Em linhas gerais, este princípio deve ser compreendido como um "conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema". (BRASIL, 1990).

A integralidade na assistência em matéria de saúde pressupõe que os indivíduos terão suas necessidades, em todos os níveis, satisfeitas pelo sistema, tanto em momento anterior ao desenvolvimento de qualquer patologia, quanto em momento posterior, desenvolvendo-se a nível individual e coletivo. Este se encontra disposto nas normas constitucionais e infraconstitucionais. Na CF/88, encontra guarida no art. 198, II, enquanto na Lei 8.088/90, encontra-se exposto no rol de princípios que regem o SUS.

Com base no princípio da integralidade e do agir em saúde, os serviços devem ofertar ações de promoção à saúde, prevenção dos fatores de risco, assistência aos

danos e reabilitação segundo a dinâmica do processo saúde-doença, e estas devem estar articuladas e integradas em todos os espaços organizacionais do sistema de saúde.

O estabelecimento de que a prestação em matéria de saúde é integral pressupõe uma cobertura que seja eficaz e atenda às necessidades da população, o que não ocorre. A própria existência de uma necessidade de judicialização já o demonstra. No entanto, necessário se compreender que existem hoje duas grandes categorias na judicialização da saúde. A primeira diz respeito a serviços, procedimentos, medicamentos e insumos que estão inseridos no Sistema Único de Saúde, mas que não são fornecidos. A segunda, por sua vez, abrange os serviços, procedimentos, medicamentos e insumos que são requisitados pelos pacientes, mas que não são previstos pelo SUS. É o caso dos medicamentos importados, sem reconhecimento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e dos medicamentos experimentais.

A título de exemplo, na primeira hipótese cita-se a judicialização do acesso aos medicamentos à base de canabidiol por pessoas com doenças degenerativas ou incapacitantes, cujos tratamentos tradicionais não surtiram efeito. O Poder Judiciário tem compreendido que, em atenção ao direito à saúde, a demonstração de imprescindibilidade do medicamento autoriza ao seu fornecimento, mesmo em casos como canabidiol, medicamento importado, sem registro na ANVISA e de alto custo.

> EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MENOR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CANABIDIOL. IMPRESCINDIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE. PRECEDENTES DO STF. SENTENÇA CONFIRMADA. I. O direito à saúde é um dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República de 1988, não sendo permitido aos entes federados erguer barreiras burocráticas ensejando obstaculizar ou mesmo impedir a disponibilização do tratamento indicado ao cidadão. II. Demonstrada a necessidade da utilização da substância canabidiol, prescrita para o controle de crises epilépticas apresentadas pela criança, como forma de se evitar severos danos à sua saúde, é de se manter a sentença por meio da qual foi reconhecida a responsabilidade do Estado de Minas Gerais pelo fornecimento do medicamento postulado. (BRASIL, TJMG. Remessa Necessária-Cv 1.0043.15.003630-9/002, Relator: Des.(a) Washington Ferreira, 1ª Câmara Cível)

De igual forma, também ganharam grande repercussão os processos cujos objetos eram a judicialização do fornecimento, bem como do direito de fazer o uso da fosfoetalonamina sintética. Trata-se de uma droga desenvolvida pela Universidade de São Carlos. Nas experiências realizadas em laboratório, viu-se que esta possuía efeitos em determinados tumores implantados em roedores.

Alguns Tribunais do país entenderam como dever do Estado o seu fornecimento, principalmente após a edição da Lei 13.269/2016, que autorizava e regulamentava o uso da droga.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TUTELA ANTECIPADA – FOSFOETALONAMINA SINTÉTICA –

Fornecimento da substância à pessoa portadora de câncer – Responsabilidade do Estado – Direitos fundamentais à saúde e à vida que devem ser resguardados e Exaltação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Aplicação dos artigos 1°, inciso III; 5º, "caput" e parágrafo 1º; 6º e 196, todos da Constituição Federal – Medicamento novo de uso experimental – Exceção de exigência de registro na ANVISA, conforme artigo 24 da Lei nº 6.360/76 – Recente decisão do E. Supremo Tribunal Federal suspendendo a tutela antecipada (STA nº 828/SP) nos autos do Agravo de Instrumento nº 2242691-89.2015.8.26.0000, em trâmite perante a 11ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, que determinou o fornecimento da substância "fosfoetalonamina sintética", mantido, porém o seu fornecimento, enquanto remanescer o estoque do referido composto – Decisão que não desobriga o fornecimento da referida substância pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, principalmente diante da recente sanção da Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, que autoriza o uso da "fosfoetalonamina sintética" por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, consignando a relevância pública do uso do aludido composto – Decisão combatida reformada – Agravo provido. (BRASIL, TJSP. Agravo de Instrumento 2087124-31.2016.8.26.0000;

Relator (a): Kleber Leyser de Aquino; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública).

Posteriormente, o STF por meio da ADI 5.501-DF, que, em maio de 2016, suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016.

O Judiciário, em especial as Cortes Superiores, têm sido no contexto da judicialização os entes responsáveis para estabelecer critérios e limites ao direito à saúde e dirimir conflitos de relevância social e jurídica.

Em atenção a tais controvérsias, o STJ do ano de 2018 em sede do Recurso Especial (REsp) 1657156/RJ deu o primeiro passo necessário para reconsideração de alguns postulados, reafirmando o direito à saúde, mas aplicando limites à sua persecução. Foi o que ocorreu nos casos dessas ações que versavam sobre o direito à saúde consistente na assistência medicamentosa não prevista na cobertura básica e que englobavam os fármacos importados ou sem registro. O STJ limitou, em sede do incidente de julgamento de demandas repetitivas, as hipóteses em que se pode conhecer às ações opostas contra a Fazenda Pública para a concessão de fármacos não disponíveis na rede pública ou de alto custo.

Os medicamentos colocados pelo Estado à disposição do indivíduo e de obrigatoriedade de fornecimento do SUS encontram-se previstos em listas de fornecimento básico que são elaboradas pelo Sistema Único. Ocorre, no entanto, que a lista é limitada e a ausência de previsão desobriga que o fármaco seja fornecido. Muitas das ações existentes na justiça brasileira versam sobre o não fornecimento de medicamentos.

De acordo com o previsto no REsp 1657156/RJ, para o conhecimento de ações de fornecimento de fármaco devem atender os seguintes requisitos concomitantemente:

> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. (STJ, 2018).

Destaca-se que a posição de restrição adotada pelo STJ se identifica como uma tendência que vem sendo adotada no Judiciário de estabelecer limites e critérios para o conhecimento de ações. Isso se revela necessário, na medida em que a facilidade dada pelo acesso à justiça também importa em diversas ações judiciais infundadas.

A Constituição e a Lei 8.088/90 ao disporem sobre a integralidade, não estabeleceram limites ou regramentos. Existem, por óbvio, medicamentos, procedimentos, serviços e insumos que são disponibilizados por se encontrarem previstos na legislação dos órgãos da Administração Pública, bem como dos entes federados. No entanto, como nos casos aludidos, existem hipóteses que fogem o que o Estado supõe abranger a integralidade.

Pugna-se que deve se haver a busca pela efetividade dos Direitos Fundamentais, no entanto, deve ser observada a razoabilidade das medidas, a possibilidade de se atender a demanda e a relevância do bem jurídico tutelado, a saúde do ser humano.

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

É cediço que compreender a história por trás de um instituto jurídico ou um direito consolidado é fundamental para entender sua estruturação. Conhecer o caminho tomado pelos legisladores até o estabelecimento do *status quo* possibilita uma compreensão mais profunda do atual. Por vezes, deter o entendimento sobre qual contexto socioeconômico e político da época da gênese do objeto de estudo possibilita construir uma projeção para o futuro.

Por isso, este capítulo versará acerca da tutela do direito à saúde desde os tempos de colônia, passando pelas Constituições - imperiais e republicanas - até a Carta Magna de 1988, sem, contudo, ali findar-se. Portanto, a seguir, trabalhar-se-ão os aspectos constitucionais reformados pelo Poder Constituinte Derivado Reformador e as concepções trazidas pelo legislador infraconstitucional. Para tanto, utilizar-se-á de parâmetro analítico tanto a História como o Direito, na medida em que são complementares e um auxilia no melhor entendimento do outro.

3.1 DA COLÔNIA À DITADURA MILITAR: O PERÍODO ANTERIOR À CARTA MAGNA DE 1988

A História do Brasil nesse período foi marcada por diversas instabilidades políticas e sociais, havendo mudanças abruptas da forma de exercício do Poder Político - as mais marcantes em 1822 e 1889. Antes da Carta Constitucional de 1988, houve 7 Constituições, sendo três de caráter democrático e quatro outorgadas pelo governante da oportunidade.

A primeira, data de 1824, foi elaborada pelo Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I após mais de três séculos da chegada de Pedro Álvares Cabral a estas terras. Obviamente que, durante esse lapso temporal, a Ilha/Terra de Vera Cruz não ficou sem legislação. Sob o mando do Império Português, a Colônia obedecia às bulas papais e às ordenações reais, respectivamente, confirmadas e expedidas pelo rei de Portugal.

Dentro dessas normas, não havia a concepção de saúde como um direito de todos os cidadãos - aqui já se considerando que o conceito de cidadão não abarcava mulheres, escravos, assalariados, comerciantes e artesãos, somente homens que fossem proprietários de pelo menos 25 quintais de mandioca. Em verdade, à época, saúde na Colônia não tinha relação direta com médicos, medicamentos e hospitais. Tais coisas nem existiam.

Com uma população majoritariamente composta por indígenas e a Coroa Portuguesa tentando - e falhando - administrar e povoar a Colônia por meio das capitanias hereditárias, a Medicina formalmente compreendida não existia. Mesmo posteriormente com o início

dos ciclos econômicos de exploração das riquezas naturais, nunca foi uma preocupação de Portugal garantir uma estrutura mínima de saúde e saneamento básicos, nem mesmo os modelos mais arcaicos.

O cuidado que a Coroa teve foi em relação à idoneidade dos praticantes da cura: benzedeiras, parteiras, boticários e jesuítas. Aqueles que podiam pagar por esses serviços não poderiam ser enganados por profissionais fraudulentos - os charlatões. Nesse sentido, talvez a única expressão de normatividade protetiva da saúde foi estabelecida pelo Título CIX das Ordenações Manuelinas, cuja vigência compreende o período de 1512 a 1603. O texto da lei dispunha que os boticários não poderiam vender certas substâncias - teoricamente curativas, mas consideradas perigosas - a qualquer pessoa que fosse. Além disso, para exercer a profissão de boticário havia a necessidade de obter uma licença junto aos órgãos da Administração colonial. Quem desobedecesse a estes comandos estava sujeito a duras penas, iniciando com uma perda de suas propriedades ao confinamento em uma ilha-prisão.

Após, as Ordenações Filipinas, vigentes de 1604 a 1916 - quando foram substituídas de vez pelo Código Civil republicano, previam a mesma cominação legal para tais condutas em seu Título LXXXIX e trouxeram o comando às Câmaras Municipais coloniais de zelar pela limpeza pública. Entre os dois diplomas legais, em 1540, houve a criação da primeira instalação hospitalar da Colônia: a Santa Casa de Misericórdia de Olinda. Todavia, embora de caráter assistencial, essa era uma instituição de natureza jurídica privada, não sendo subsidiada pela Coroa.

Em meados do século XVIII, as Câmaras Municipais de Minas Gerais, cientes da situação sanitária e, consequentemente, médica da Colônia, tentaram emplacar a instituição de um curso superior em Medicina. Todavia, o Conselho Ultramarino, órgão fundado por Dom João IV com atribuições financeiras e administrativas sobre todas as colônias e territórios portugueses, barrou a iniciativa. Para eles, a formação de médicos na Colônia diminuiria a subordinação à Coroa Portuguesa, não sendo benéfico para o domínio real. Simplesmente, o colonialismo desmedido sobrepôs-se às necessidades básicas da população. A saúde era apenas segundo plano para o projeto de consolidação da hegemonia portuguesa.

Em 1755, a postura da Coroa foi duramente atacada por um médico lusitano, Antônio Ribeiro Sanches (1755 *apud* VIOTTI, 2012, p. 86), o qual publicou o livro Tratado da Conservação da Saúde dos Povos. Na obra, o médico abordou que havia um claro relapso do governo, que negligenciava seu papel e não criou leis nem tomou medidas a fim de ajudar na preservação da saúde pública. Para ele, a Coroa não tinha um projeto macro de saúde para o Brasil. Mesmo que já houvesse médicos na Colônia, as circunstâncias sanitárias não permitiriam uma vida saudável aos colonos. Segundo Sanches (1755 *apud* VIOTTI, 2012, p. 86):

> Toda a Ciência da Medicina será de pouca utilidade: porque será impossível aos Médicos, e aos Cirurgiões, ainda doutos, e experimentados, curar uma Epidemia, ou outra qualquer doença, numa cidade, onde o Ar for corrupto, e o seu terreno alagado. **Nem a boa dieta, nem os mais acertados conhecimentos nestas artes produzirão os efeitos desejados sem primeiro emendar-se a malignidade da atmosfera, e impedir os seus estragos** (...) os governos aprendem com perfeição como deve ser edificada uma cidade, uma praça, um templo, ou outro qualquer edifício público com toda a majestade, distribuição, e ornamento, **mas não vemos praticadas as regras que contribuem à conservação da saúde**. (grifo nosso).

A situação sanitária e de saúde pública na Colônia era caótica. Embora houvesse inspeções portuárias e o combate pontual às epidemias quando elas se apresentavam, não havia um controle sanitário e de saúde preventivos. Inúmeros casos pestosos - notadamente as epidemias de tuberculose, febre amarela, tifo e varíola - assolavam o país e a Coroa permanecia inerte.

A insalubridade colonial só passa a ser combatida quando da chegada da família real portuguesa em 1808, afugentada pelas tropas napoleônicas. Dom João VI cria duas escolas superiores de Medicina, uma na Bahia e outra no Rio de Janeiro, e a Provedoria da Saúde, órgão de caráter policial cuja função primária era regulamentar e fiscalizar os padrões sanitários da capital a fim de manter a higiene compatível com a presença da Corte Portuguesa. Contudo, dentro desse contexto, a saúde ainda não era um direito de todos. As medidas tomadas, embora de relevância para uma Colônia e indiretamente para seus colonos, foram realizadas em prol da nobreza recém-instalada no território BRASILEIRO. A população geral ainda não era contemplada.

Em 1824, dois anos após a declaração de independência do Brasil, sob o império de Dom Pedro I, a primeira Constituição Brasileira foi outorgada. O Conselho de Estado buscou imprimir ao texto constitucional um caráter liberal sem, contudo, destoar severamente das características políticas e socioeconômicas de uma monarquia. Dentre os direitos atribuídos aos cidadãos, a saúde, embora timidamente, apareceu pela primeira vez.

O artigo 179, incisos XXIV e XXXI, consubstanciou a ideia. O primeiro inciso estabelecia uma proteção de caráter laboral. As condições de trabalho deveriam estar em harmonia com os padrões necessários à manutenção da vida e da saúde do cidadão em todo território imperial. Aqui, frisa-se novamente, que o conceito de cidadão não é o mesmo de hoje, tendo havido a exclusão de vários grupos sociais da proteção estatal. O Brasil, embora independente, permanecia escravocrata, patriarcal e classista. No mais, o segundo inciso também tratou de forma indireta da saúde. Tal mandamento legal previa que diante de situação emergencial, aqui incluída as emergências de saúde pública, o Império Brasileiro tinha o dever de interferir em prol de seus cidadãos. Foi criado, no plano do dever-ser, um rarefeito direito à saúde aos cidadãos brasileiros.

A Constituição de 1824, no entanto, não estabeleceu uma diretriz de saúde pública. O próprio conceito de cidadão já impedia uma política ampla e efetiva. E os dispositivos

constitucionais estavam longe de formar qualquer diretriz. Estabelecia direitos, mas é utópico pensar que no século XIX, num país com o tamanho do Brasil e cujo poder político era exercido por uma monarquia concentradora, tais direitos seriam exercidos por todos os cidadãos em todos os cantos do império.

É a lição de Ribeiro (2010, p.449):

> O Direito à Saúde não tomou acento, vez que o que se buscava era a concentração dos poderes nas mãos do Imperador. (...) Nessas Constituições, embora se tivesse a intenção de almejar os ideais libertários, os mesmos não foram atingidos dadas as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época. (...) O texto Constitucional chega a mencionar, no inciso XXIV do art. 179, que "nenhum genero de trabalho, de cultura, indústria ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, à segurança e saúde dos cidadãos", entretanto o objetivo, como se faz claro, é garantir o exercício da atividade laboral e não o Direito à Saúde.

A segunda Constituição Brasileira é datada de 1891. Dois fatores sociais foram essenciais para sua construção e é neles que ela se funda. O primeiro foi a abolição da escravatura, ocorrida em 1888, com a edição da Lei Áurea por Isabel, Princesa Imperial do Brasil. O segundo, a Proclamação da República em 1889. Este último, sem dúvidas, influenciado pela abolição da escravatura. A monarquia enfraquecida perdeu sua principal base de apoio, os fazendeiros de café do Vale do Paraíba, quando ceifou-lhes a base de sua cadeia produtiva: a mão de obra escrava.

Esta Constituição trouxe mudanças drásticas para o Brasil. Representou a queda da monarquia e a construção dos ideais republicanos. A forma de poder passou a ser exercida de forma distinta, nunca antes vista pelos cidadãos desta Nação. As liberdades individuais há muito tempo já instituídas em outras Constituições com viés libertário, passaram a compor o texto constitucional. Contudo, o direito à saúde não se encontrava dentre eles. A Constituição Republicana de 1891 foi nula quanto a esse tema.

Todavia, mesmo se houvesse ousado tratar de saúde pública, há grandes dúvidas se tal direito seria realmente efetivado. Isso, pois os direitos individuais constantes do texto constitucional, mesmo expressos, sofreram tolhimentos. O Brasil, não mais monárquico, estava refém do coronelismo, contexto no qual o exercício de tais prerrogativas constitucionais era condicionado ao status socioeconômico e até armamentista do cidadão.

Além disso, em 1888, embora a Lei Áurea tenha representado a concessão da liberdade corporal aos negros, não representou uma liberdade pura. Jamais desmerecendo ou subestimando a situação da escravidão a que um povo inteiro foi submetido, a abolição tirou as correntes físicas, mas deixou as sociais e econômicas. Em 1888, milhões de negros foram libertos sem, contudo, ter para onde ir, como se sustentar e suportando o enorme preconceito da sociedade republicana hipócrita. Basicamente, milhões de pessoas saíram das senzalas e caíram nos braços da marginalização.

No mais, a transição do século XIX ao século XX caracterizou-se também pela transição de modos de produção. O Brasil majoritariamente agricultor começa a implantar um projeto industrial. As cidades começam a ser urbanizadas e a tornarem-se epicentros da vida. Diante desse contexto socioeconômico, surge uma nova classe social: o operariado. Uma classe trabalhadora composta por pessoas pobres e não instruídas. Assim, os cortiços e as favelas tornaram-se cada vez mais comuns e a saúde pública, não tutelada constitucionalmente, ia cada vez mais rápido em direção ao colapso.

Em 1920, após a promoção de importantes nomes sanitaristas no governo, é criado o Departamento Nacional de Saúde, sob o comando de Carlos Chagas. Seu objetivo era a criação de um projeto nacional de saúde pública, de caráter preventivo e curativo. O governo federal finalmente entendera a importância do combate às doenças e como ele deveria ser feito. Contudo, ainda era pouco. A política que era para ser nacional foi implantada efetivamente em alguns poucos locais, visando primariamente à prevenção. O caráter curativo foi deixado de lado, a assistência médica só era provida a casos específicos, que representavam um risco de contaminação à população. Em geral, eram os casos pestosos de isolamento. A busca não era exatamente curar o indivíduo, mas impedir que ele contaminasse os outros.

Nessas circunstâncias, a classe operária, submetida a condições de trabalho inadequadas, deflagra greves, buscando a tutela da vida e da saúde de seus integrantes. As demandas são atendidas parcialmente. Em 1923, os ferroviários são contemplados pela histórica Lei Eloy Chaves.

> Art. 9º Os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da caixa com os descontos referidos no art. 3º, letra a, terão direito: 1º, a socorros médicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo teto e sob a mesma economia; 2º, a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração [...]. (BRASIL, 1923).

São criadas entidades previdenciárias privadas, as caixas de aposentadoria e pensão, cujo objetivo principal era prestar assistência médica e previdenciária aos trabalhadores das companhias de transporte ferroviário e seus familiares. Aos poucos, os mandamentos da Lei Eloy Chaves são estendidos a outros setores de produção. Pela primeira vez no país, uma lei reconhece o direito à saúde e à assistência médica nessa amplitude.

Após a Revolução de 1930 e a Revolução Constitucionalista de 1932, a chamada República Velha foi derrubada. É o momento da ascensão de Getúlio Vargas e seus ideais sociais. Assim, no contexto da Lei Eloy Chaves e de sua própria pauta golpista de 1930, enquanto Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, emplacou diversos direitos sociais na Constituição de 1934. Dentre eles, o direito à saúde. Fato inédito na história do Brasil, uma Constituição previa expressamente e não timidamente o direito à saúde a todos os cidadãos. E foi além, atribuindo de forma concorrente à União e aos Estados o dever de efetivar esse direito, delegando-lhe constitucionalmente uma prestação positiva.

Um novo perfil constitucional foi estabelecido. Um perfil protecionista à saúde do cidadão e do trabalhador. Contudo, frisa-se que o conceito de saúde aqui tratado ainda é arcaico, resumindo-se à presença ou ausência de doença na pessoa. Os demais fatores que compõem a saúde numa perspectiva macro não eram nem cogitados. Ocorre que tal protecionismo global não foi efetivo nem durou muito tempo.

Em 1937, após novo golpe de Estado, Getúlio Vargas emplaca uma nova Constituição, marcada pelas supressões. Nela o direito à saúde é tratado diretamente, mas apenas a saúde do trabalhador e na modalidade curativa. A norma constitucional que ordenava a prestação de assistência médica pela União e pelos Estados a todos os cidadãos é suprimida. Em substituição, foi editado artigo que simplesmente dava à União a competência privativa para legislar em matéria de saúde. Uma norma de eficácia limitada que significou o mesmo que uma ausência normativa.

A Constituição de 1946, mesmo que fortemente influenciada pelos efeitos do pós-guerra, não mudou drasticamente o estabelecido pela Constituição anterior na matéria saúde. Os cidadãos em geral eram protegidos apenas por norma de eficácia limitada e os trabalhadores diretamente pelo texto constitucional. O ponto que representou a ruptura com a Constituição de 1937 foi quanto ao caráter da assistência ao trabalhador. O artigo 157, inciso XIV, estabeleceu o caráter curativo da assistência médica, mas também o preventivo. O Estado tinha o dever de zelar pelo enfermo, mas também de criar condições para evitar que a existência de enfermos. Uma pequena mudança que pode ser considerada o primeiro passo em direção ao conceito atual de direito de saúde.

Em 1967, três anos após a implantação da ditadura militar no Brasil, foi outorgada nova Constituição. A única menção na Constituição de 1967 à saúde era quase que uma repetição da Constituição de 1946, apenas atribuindo tal direito aos trabalhadores. A Norma Maior era fundada no desvario ditatorial, cujo fim primordial foi cercear o máximo de direitos e garantias individuais dos cidadãos para implantar o projeto de país totalitário. Considerando que dentre os objetivos militares estava a dominação ideológica e física da população, entende-se claramente a ausência de dispositivo constitucional versando sobre o direito à saúde. Em verdade, tal direito representava o oposto à política opressiva e violadora posta em prática durante os anos obscuros que se seguiram.

O quadro de descaso com a saúde pública acentuou-se nesse período, gerando o aumento da mortalidade infantil, dos índices de desnutrição, a eclosão de epidemias e o ressurgimento de doenças endêmicas. Enquanto o governo preocupava-se com adolescentes comunistas e temia jornalistas, a situação da saúde pública estava caótica.

Em 1975 ocorreu a 5ª Conferência Nacional de Saúde, na qual o Ditador da República Brasileira, Ernesto Geisel, compareceu. Em seu discurso, surpreendentemente reconheceu a precariedade em que se encontrava o país no âmbito da saúde. O chefe de Estado admitiu publicamente o fracasso da República Brasileira em coordenar agentes e entidades de saúde, gerando uma paralisia nacional.

Nesse mesmo ano, o Congresso Nacional edita a Lei 6.229, cujo epicentro foi a criação do Sistema Nacional de Saúde. O diploma legal foi uma norma revolucionária, atribuindo a cada um dos entes da Federação um papel fundamental de garantia do direito geral à saúde. Pela primeira vez foi estabelecido que saúde não era a ausência de doença, mas também incluía fatores externos da vida cotidiana do cidadão. Além disso, a Medicina preventiva começa a ganhar expressão. Entretanto, embora representasse a maior iniciativa de proporcionar à população brasileira o direito à saúde, nunca saiu do plano do dever-ser. O Estado não estava aparelhado para concretizar suas diretrizes.

A próxima mudança no contexto de concessão de direito à saúde só ocorre em tempos democráticos, por força e poder da Assembleia Nacional Constituinte. É o que se verá a seguir.

3.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA E DO DIREITO À SAÚDE

Em 1985 o cenário político brasileiro muda drasticamente: a ditadura militar que de mais de 20 anos chega ao fim. Com o ressurgimento da democracia, surgem anseios populares por melhores condições de vida. Diversos direitos, outrora negados e negligenciados pela ditadura militar e pelos governos a ele precedentes, agora eram demandados.

Quanto à saúde em si, em 1986 ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde e seu tema foi “Saúde na Constituição”. Funcionando quase como uma pré-constituinte, a conferência desenvolveu o significado atual de direito à saúde, superando a saúde meramente reparatória e incluindo definitivamente a preventiva. Além disso, a necessidade de uma promoção universal e igualitária da saúde a todos os cidadãos em todos os cantos do Brasil foi definida.

Nesse contexto é que foi construída a Carta Magna de 1988. A nação brasileira buscava reencontrar-se enquanto povo de direitos e finalmente entendia ser merecedora de amparo estatal. Isso obviamente refletiu na Constituição, que buscou atender essas demandas, culminando em extenso rol de direito fundamentais individuais e sociais expressos.

No que tange ao direito à saúde não foi diferente. Foi a primeira Constituição que trouxe como dever do Estado promover a saúde pública e foi a norma que criou o Sistema Único de Saúde. A proteção da lei brasileira à saúde de todos os seus cidadãos atinge seu culme após 488 anos.

3.2.1 A criação do SUS e as reformas seguintes

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 6º que a saúde é direito fundamental social. Tal previsão não pode ser compreendida de forma leviana pelo Poder

Público. O Estado Brasileiro deve entender, como consequência disso, que o direito à saúde é imprescritível, não se perdendo com o tempo; é inalienável, isto é, intransferível, inegociável e indisponível; não pode retroceder, sempre adicionando e progredindo, jamais se retraindo; é inviolável e efetivo, devendo ser observado por todos; e, talvez o mais importante na perspectiva deste trabalho, tem aplicabilidade imediata.

Em outras palavras, cabe ao Estado Brasileiro como um todo promover seu desenvolvimento. Veja-se o artigo 196, da Constituição Federal:

> Art. 196/CF. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Esse fomento dá-se, principalmente, pelo acesso a um sistema de saúde público eficaz, capaz de atender a todos de forma satisfatória. Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde, criado por meio do texto original da Carta Magna de 1988[1], apresenta-se com o escopo de suprir essa necessidade popular e obrigação constitucional.

Todavia, desde sua gênese, o SUS tem enfrentado impasses no que tange ao seu financiamento. Apesar de ter sido concebido de forma descentralizada e hierarquizada, não havia um mínimo de recursos estabelecido para ser aplicado pelos integrantes de seu custeamento. Por isso, os debates envolvendo as políticas públicas relacionadas à saúde e os recursos a elas direcionados são tema de antiga discussão no meio político brasileiro.

Ainda na década de 1990, apenas dois anos após a criação do SUS, o problema da vinculação de recursos para a saúde veio à tona com robustez, culminando na edição da Emenda Constitucional n.º 29 em 2000. Essa emenda estabeleceu que o artigo 198 da Constituição Federal passasse a tratar da base de cálculo para a aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde e que o artigo 77, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), tratasse dos percentuais mínimos para essa aplicação pela União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios.

A aprovação dessa emenda representou uma descentralização maior da gestão do SUS e também forçou suas fontes orçamentárias a investirem no desenvolvimento de ações e serviços relacionados à saúde. Simplificadamente, vinculou recursos tributários dos três entes federativos ao financiamento da saúde pública.

Os percentuais mínimos de aplicação de cada ente, a partir de então, foram definidos sobre sua arrecadação. De início, estados e municípios deveriam aplicar 7% de suas receitas em saúde e a União, via Ministério da Saúde, deveria aumentar em 5% o que aplicara no ano anterior – 1999. Havia também a previsão de uma elevação progressiva desse percentual: os estados deveriam atingir o mínimo de aplicação de 12% dos tributos arrecadados e os municípios 15%. A União, por outro lado, não tinha seu índice atado a

1 Art. 198, caput/ CF. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

suas receitas, mas à variação nominal[2] do Produto Interno Bruto (PIB) do país.

Apesar de ter sido um importante passo na sustentabilidade do sistema e ter garantido certa estabilidade das receitas, não se traduziu em equidade. Isso, pois cada estado e município apresentam receitas diversas entre si, havendo também variação quantitativa anual. Além disso, uma crise econômica acarretaria queda significativa do PIB e consequente queda significativa na aplicação de recursos da União na saúde pública. A continuidade do SUS foi garantida, mas a conformidade de recursos todos os anos não.

Em 2015, a PEC n.º 358-B de 2013 foi aprovada no Congresso Nacional e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como Emenda Constitucional n.º 86 de 2015. Além da expressiva mudança quanto ao tipo de orçamento adotado no Brasil – deixando de ser autorizativo para ser impositivo e responsabilizando o chefe do Executivo que não cumpra o orçamento – houve relevante inovação quanto ao financiamento da saúde pública no país.

Nessa norma foi inserido um novo mecanismo de cálculo de aplicação de recursos pelos Poderes Executivos municipais, estaduais e federal. Nesse sentido, tem-se a modificação do artigo 166 da Constituição Federal de 1988, consubstanciada na adição do parágrafo 9º. Observe-se:

> Art. 166, §9º, CF. As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde.

Como é possível verificar acima, tal emenda traz um percentual fixo da Receita Corrente Líquida (RCL)[3] como parâmetro de aplicação de recursos na saúde de modo diferente. Esse texto legal e constitucional definiu que as emendas individuais parlamentares ao projeto de lei orçamentária (LOA) serão aprovadas no limite de 1,2% da RCL prevista no projeto e metade deste percentual, isto é, 0,6%, deve ser reservado para a execução de ações e serviços públicos relacionados à saúde.

No mais, houve modificação na redação do artigo 198, §2º, I, CF/1988. Veja-se:

> Art. 198, §2º, CF. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:
>
> I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, **não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento).** (Grifo nosso).

O legislador buscou na Receita Corrente Líquida a base de cálculo do percentual mínimo a ser aportado pela União na aplicação de ações e serviços públicos de saúde – 15%. A RCL utilizada, no caso, é a do respectivo exercício financeiro, isto é, num ano civil.

2 O PIB nominal refere-se ao valor do PIB calculado a preços correntes, ou seja, no ano em que o produto foi produzido e comercializado. Diferente do PIB real é calculado levando em conta o efeito da inflação.
3 Receita corrente líquida é o somatório das receitas tributárias de um Governo, referentes a contribuições patrimoniais, industriais, agropecuárias e de serviços, deduzidos os valores das transferências constitucionais.

3.2.2 Novo regime fiscal: um fruto da crise política, econômica e social do ano de 2016

Nos anos de 2016 e 2017, houve vários episódios desfavoráveis envolvendo políticos de notabilidade, principalmente no que concerne à gestão do país. A ocorrência desses acontecimentos culminou numa crise econômica, política e social, a qual colocou o Brasil numa situação gravosa sob o aspecto econômico, político e social.

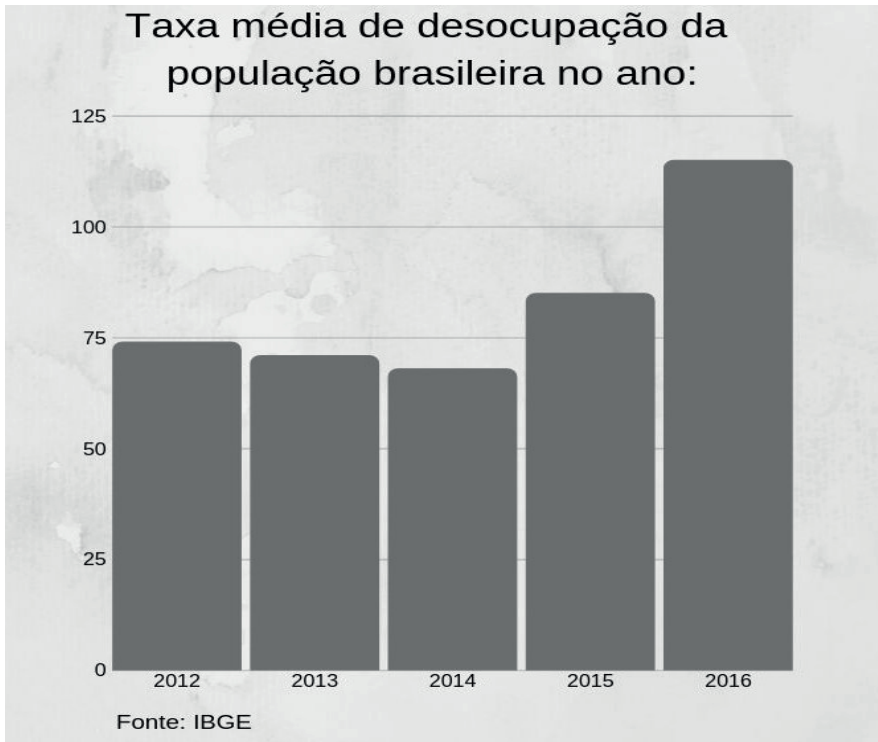
O primeiro acontecimento relevante ocorreu no início de 2016. A então Presidente da República, Dilma Rousseff, foi acusada formalmente de crime de responsabilidade, sendo afastada temporariamente do cargo para julgamento de seu processo de impeachment. O então vice-presidente da República, Michel Temer, assumiu a Presidência interinamente em 12 de maio de 2016 para, posteriormente, firmar-se definitivamente no cargo em 31 de agosto de 2016. Além da instabilidade causada pelo impeachment de Dilma Rousseff, Presidente Temer e seus aliados envolveram-se em diversos escândalos de corrupção.

Sem dúvidas, essa conjuntura afetou a economia brasileira e gerou o segundo acontecimento relevante: incertezas sobre a estabilidade política e, portanto, econômica do país. Como consequência direta a esses fatores houve retração nos investimentos e queda de mercados. A exemplo, a delação de Joesley Batista no âmbito da Operação Lava-Jato a qual implicou Michel Temer causou declínio da Bolsa de Valores de São Paulo e do valor de câmbio da moeda brasileira – o Real.

No que tange à crise econômica *per si*, houve influência dos governos anteriores (a dívida pública brasileira saltou de 57,2% do PIB em 2014 para 67,5% em 2016) e da desaceleração da economia chinesa (uma das maiores compradoras de *commodities* nacionais impactou substancialmente nas exportações brasileiras quando em 2017 sua dívida pública atingiu a marca de 47,6% do PIB do país e sua dívida externa o valor de 1,649 trilhão de dólares americanos).

Considerando esses aspectos, o Brasil encontrava-se numa profunda crise política e econômica. O terceiro acontecimento relevante, decorrência dos anteriores e que adicionou o aspecto social na crise, foi o aumento da taxa de desemprego. No último trimestre de 2016 bateu, segundo o IBGE, o recorde de 12% da população economicamente ativa – em 2015, a taxa média era de 8,5% (CURY, 2017[4]), conforme se vê abaixo:

4 CURY, Ana. **Desemprego fica em 12% no 4º trimestre de 2016 e atinge 12,3 milhões**. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-12-no-4-trimestre-de-2016.ghtml. Acesso em: 15 out. 2019.

Tabela SEQ Tabela * ARABIC 2 - Dados da pesquisa PNAD sobre a população desempregada

Fonte: IBGE, PNAD Contínua.

Na mesma senda, a taxa de juros brasileira – Selic – esteve em seu maior patamar desde julho de 2016 (14,25% ao ano). Nessas circunstâncias, o consumo e os investimentos são inibidos, diminuindo o dinheiro em circulação no mercado. Como resultado, em 2016, houve o encerramento de atividades de 108,7 mil lojas e o rebaixamento da classificação de risco do crédito brasileiro por agências estadunidenses.[5]

Diante disso, o Governo Federal decidiu perseguir reformas para controlar os efeitos da crise e recuperar a economia. Dentre elas, o Novo Regime Fiscal, consubstanciado na Emenda n.º 95 de 2016. Na Exposição de Motivos da PEC n.º 241 (VIEIRA; BENEVIDES, 2016), posterior EC n.º 95, o diagnóstico dado pelo então Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles, e pelo então Ministro do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Dyogo de Oliveira, foi a existência de um desarranjo fiscal ocasionado pelo acelerado crescimento da despesa pública primária[6].

Na Exposição de Motivos da PEC n.º 241, os Ministros de Estado levantam que:

5 FECOMERCIO. **Varejo perde 108,7 mil pontos de venda em 2016**. Disponível em: http://www.fecomercio-ms.com.br/varejo-perde-1087-mil-pontos-de-venda-em-2016/. Acesso em: 15 out. 2019.
6 Despesa que o Governo utiliza para executar políticas públicas, a qual não contabiliza os juros por si gerados.

> No período 2008-2015, essa despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%. Torna-se, portanto, necessário estabilizar o crescimento da despesa primária, como instrumento para conter a expansão da dívida pública. Esse é o objetivo desta Proposta de Emenda à Constituição. (Grifo nosso).

Segundo eles, os gastos com a despesa primária cresciam e tinham uma previsão de crescimento ainda maior, de forma mais acelerada que a própria economia e, portanto, que a arrecadação pública. A necessária reestruturação das contas públicas seria alcançada pela limitação do crescimento do gasto público por meio do controle da despesa primária.

A PEC n.º 241 propunha que a despesa primária total não poderia, por 20 anos a partir de 2017, ter crescimento real. Segundo eles:

> Dentre outros benefícios, a implementação dessa medida: aumentará previsibilidade da política macroeconômica e fortalecerá a confiança dos agentes; eliminará a tendência de crescimento real do gasto público, sem impedir que se altere a sua composição; e reduzirá o risco-país e, assim, abrirá espaço para redução estrutural das taxas de juros. Numa perspectiva social, a implementação dessa medida alavancará a capacidade da economia de gerar empregos e renda, bem como estimulará a aplicação mais eficiente dos recursos públicos. Contribuirá, portanto, para melhorar da qualidade de vida dos cidadãos e cidadãs brasileiro. (Grifo nosso).

Na prática, os gastos totais da União, incluindo todos seus órgãos, entes e poderes, seriam reajustados com base na inflação oficial do ano anterior, o IPCA (índice nacional de preços ao consumidor amplo), por um prazo de 20 anos, havendo possibilidade de revisão no décimo ano de vigência. Ou seja, a despesa primária total teria crescimento real zero a partir de 2017.

Ainda, o descumprimento das medidas limitadoras do orçamento levaria a consequências para o exercício financeiro seguinte, com proibições e sanções aos chefes do Executivo responsáveis e ao Poder Executivo em si.

De acordo com o Governo Federal, seriam anos de austeridade para o alcance do equilíbrio. O objetivo era "*garantir uma trajetória suave do gasto público, não influenciada pelas oscilações do ciclo econômico*." (MEIRELLES; OLIVEIRA, 2016). As consequências no Novo Regime Fiscal, contudo, só poderão ser detectadas após alguns anos de sua vigência. Embora haja muitos críticos - com pareceres fundamentados diga-se de passagem, ao futuro reserva a demonstração dos frutos dessa norma.

RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Naquilo que concerne às ações cujo objeto é o direito fundamental à saúde, são diversas as teses em sentido favorável ou contrário À pretensão daquele que promove a sua judicialização.

Importante destacar que o papel do Poder Judiciário na construção dos limites materiais do direito fundamental à saúde é de suma importância, já que a jurisprudência das ações desenvolvidas no fenômeno da judicialização que foram sedimentando os entendimentos que hoje estão em voga. É o caso do já citado REsp 1657156/RJ.

Ressalta-se que foi no bojo dessas ações onde se desenvolveram duas teses que atualmente exemplificam a dinâmica de discussão do direito à saúde. São as teses da reserva do possível e do mínimo existencial.

Ab initio, antes de passar-se a análise de cada uma dessas teses, cabe asseverar que não se fará um julgamento quanto ao mérito de cada uma destas. A sua existência e o seu acolhimento, ou não, são fenômenos resultantes de uma interação de fatos e fatores. Portanto, realizar um julgamento subjetivo quanto a sua validade ou à sobreposição de uma tese a outra não é um exercício relevante.

4.1 A CONSTRUÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O direito à saúde na forma que contemporaneamente o conhecemos, como já referido anteriormente, é uma construção recente, que ganhou força em meados do século XX, após o fim da segunda guerra mundial. Assim também ocorreu com a concepção de que a saúde era ônus do Estado.

> No fim da segunda Guerra Mundial, entretanto, que politicamente o conceito outrora discutido se apazigua. Com o nascimento da Organização Mundial da Saúde – OMS, em 1948, inspiradas em instrumentos normativos internacionais que garantiam a primazia do bem-estar, a saúde, em notas mundiais, passou a significar "o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". [...] Entretanto, apesar da cota de responsabilidade socialmente assumida, o Estado historicamente, adquiriu a condição de mantenedor das condições básicas de vida saudável de sua população. No Brasil não foi diferente. (SOARES NETO, 2019, p. 64).

A CF/88 ratificou que no Estado brasileiro prevalece a orientação que traduz o art. 196 da Carta Magna, que propugna que "A saúde é direito de todos e dever do Estado".

Em que pese seja indiscutível a natureza cogente e a obrigação estatal de prestação do direito, há alguns pontos a serem observados.

A teoria da reserva do possível, que teve início na Alemanha após discussão sobre delimitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs, consiste, basicamente, em na tentativa de se limitar a responsabilidade civil do Estado, principalmente naquilo que se refere ao estabelecimento de políticas públicas necessárias para a salvaguarda dos Direitos Fundamentais.

Para se compreender melhor o nascimento da teoria, revisita-se o julgamento paradigmático que possibilitou o seu estabelecimento.

Nos anos 70, o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) julgou o pleito de estudantes que não foram admitidos no curso de medicina. Estes pleitearam contra a Universidade de Hamburgo a garantia das vagas com fulcro no art. 12 da Lei Fundamental da Alemanha, que dispõe do direito fundamental a escolha de profissão, *in verbis*: “Artigo 12. Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem”.

A decisão da Corte foi em desfavor dos estudantes, em razão de o indivíduo só poder exigir do Estado aquilo que se encontra no limite do razoável a ser atendido pelo Estado. Dessa forma, exigir uma vaga que não existe por já ter sido preenchida foge do razoável no entendimento da Corte alemã. Nessa testilha, mesmo que o Estado disponha de recursos suficientes, o não preenchimento do requisito da razoabilidade desobrigaria o Estado ao fornecimento da prestação positiva da qual é obrigado. (SARLET, 2013, p. 265 *apud* SILVA; BENNACHIO, 2019, 57).

Assim, em atenção à decisão da Corte, Sarlet (2003, p. 265 *apud* SILVA; BENNACHIO, 2019, p. 57) teoriza a reserva do possível como: “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

A reserva do possível surgiu num contexto onde ganhava terreno a Análise Econômica do Direito e a Escola Crítica do Direito, que propunham a sua análise num aspecto econômico, no caso do primeiro, e político no caso da segunda. Soma-se a isso a difusão de teorias denominadas “rights-based” que englobam no direito certos elementos filosóficos, com especial menção à moral e à política, realizada por autores como Rawls, Nozick e Dworkin e cujo objetivo é desenhar os referenciais constitutivos de uma sociedade justa. (ALVAREZ, 2006, p. 50).

Alvarez (2006, p. 50) aponta que tais visões do direito possuíam algumas características em comum:

> Dentre as características comuns, destacam-se: (i) a rejeição da visão que entende ser o direito autônomo em relação às realidades sociais e, portanto, disciplina autônoma das demais ciências sociais; (ii) a utilização das idéias e métodos de outras disciplinas na análise da realidade jurídica, quais sejam, respectivamente, a economia e a política, razão da interdisciplinariedade.

Nesse mesmo sentido, prossegue:

> A proposta de estudo interdisciplinar implica (a) a rejeição da idéia de autonomia da própria ciência jurídica consoante a proposta do formalismo na formulação de Langdell. Desta forma, retoma os postulados do realismo, isto é, a possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais, especificamente através da aplicação da teoria econômica à análise e evolução da realidade legal14. Implica também (b)

> erigir a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico, com o que se abre o discurso jurídico à realidade social e se realiza a integração entre ciência econômica e ciência jurídica superando os limites do formalismo e estabelecendo novo tipo de relação implicando: (i) que a interpretação e avaliação de uma norma realiza-se desde os pressupostos da teoria econômica; (ii) que a racionalidade de que se dota às normas e ao sistema jurídico em seu conjunto, é uma racionalidade do tipo econômico.

A análise econômica coloca no cerne da análise jurídica o pressuposto da eficiência do direito, estabelecendo os custos como instrumentos de alcance do objetivo das normas prestacionais, portanto a relação entre fonte de financiamento e direito fundamental.

No Brasil, vê-se que houve uma dissociação entre a reserva do possível como entendida originalmente e o que se utiliza como argumento para o não cumprimento do direito à saúde pelas autoridades brasileiras.

De acordo com Silva e Bennachio (2019, p. 57), criou-se a Teoria do Financeiramente Possível, atribuindo-se à reserva do possível a perspectiva financeira. Assim, o Estado estaria desobrigado ao cumprimento do direito à saúde em razão de recursos materiais, tendo se estabelecido como uma escusa a incapacidade do Estado para arcar com o ônus financeiro do direito à saúde.

Tais argumentos são frequentemente utilizados pelo Estado quando lhe é imposta a obrigação de prover tratamentos de saúde, principalmente quando estes não são padronizados pelo SUS, pugnando que a concessão dos tratamentos prejudicaria o erário público.

Mendes e Branco (2017, p. 581) citam Holmes e Sunstein e rememoram a sua lição de que "levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez". Os direitos sociais possuem uma forte relação de dependência com os aspectos econômicos, devendo para a sua construção teórica se considerar que a prestação resta inviabilizada se não houver o seu correspondente disponível.

Fonte (2013, p. 136) leciona que, para se compreender melhor a reserva do possível, é necessário compreender dois de seus aspectos, quais sejam a reserva possível jurídica e a reserva do possível fática.

A primeira diz respeito à vedação que a Administração Pública de violar regras e princípios orçamentários e administrativos na efetivação dos direitos prestacionais, ainda que tenham dinheiro suficiente para efetivá-los. Dessa forma, a utilização de valores superiores ao previsto no orçamento para a realização de políticas públicas ou qualquer outro projeto, o administrador incorreria na responsabilidade orçamentária prevista no art. 85 da Constituição Federal. Por outro lado, no que se refere a reserva do possível fática, esta se identifica pela ausência de recursos nos cofres públicos para a realização da prestação necessária.

A reserva do possível foi construída doutrinariamente e jurisprudencialmente. Não existia no ordenamento jurídico nenhuma base normativa. O que foi alterado pela inserção

dos arts. 20 e 22 na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que será abordado posteriormente. Cria-se uma espécie de reserva do possível qualificada, que quebra com a compreensão que existia anteriormente e se aproxima com o que primariamente se delimitou como teoria na Alemanha. Em julgados recentes já se vê a utilização destes artigos com o efeito da reserva do possível.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – SAÚDE – SUPLEMENTAÇÃO ALIMENTAR PARA ASSISTIDO EM TRATAMENTO ONCOLÓGICO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO FÁRMACO EM LISTA DO SUS – QUESTÃO AFETADA NOS TERMOS DO DESPACHO DE LAVRA DO MINISTRO RELATOR DO RESP 1.657.156/RJ (RECURSO REPETITIVO), O QUAL, TODAVIA, ESTABELECEU A RESSALVA DE QUE A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS NÃO IMPEDIRIA, EM QUALQUER FASE DOS PROCESSOS PENDENTES, EVENTUAIS CONCESSÕES DE TUTELA DE URGÊNCIA – LIMINAR DEFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO DE ORIGEM QUE FOI IMPUGNADA POR ESTE AGRAVO DE INSTRUMENTO – NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DESTA SEGUNDA INSTÂNCIA PARA QUE SE VERIFIQUE COMO FICARÁ A SITUAÇÃO DO AGRAVADO ENQUANTO NÃO HOUVER JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO DE ORIGEM – DECISÃO ATACADA MANTIDA PELO RELATOR AO ANALISAR O PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO – MANUTENÇÃO NESTA ASSENTADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE SERGIPE – CONFIGURAÇÃO – INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DAS INOVAÇÕES AO ORDENAMENTO JURÍDICO IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 13.655/2018 QUE MODIFICOU A LINDB, NOS TERMOS DOS NOVOS ARTIGOS 20 E 22 INVOCADOS PELO RECORRENTE – PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – PARTICULARIDADES DO CASO – RECORRIDO QUE É PORTADOR DE CÂNCER NO ESÔFAGO E QUE ESTÁ ACOMETIDO COM BAIXO NÍVEL NUTRICIONAL – URGÊNCIA CABALMENTE DEMONSTRADA A PARTIR DA DOCUMENTAÇÃO ANEXADA COM O PEDIDO – PRAZO PARA SE CUMPRIR DECISÃO ESTABELECIDO EM PATAMAR RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME. (BRASIL, TJSE.
>
> Agravo de Instrumento nº 201800813553 nº único 0004166-78.2018.8.25.0000, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator: Des. Alberto Romeu Gouveia Leite, 2ª Câmara Cível Julgado).

Neste julgado, vê-se que houve a utilização das inovações normativas para fundamentar o pedido de negativa de liminar de fornecimento de suplementação alimentar por esta não estar prevista nas listas de fornecimento do SUS. De igual forma, em julgado recente tais dispositivos foram utilizados pelo Município de Sidrolândia para suscitar a reserva do possível em um caso que versava sobre incentivo adicional federal devido aos agentes comunitários de saúde.

> APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE COBRANÇA – AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE – INCENTIVO ADICIONAL FEDERAL – VERBA DEVIDA – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 20 E 22 DA LINDB – NÃO VERIFICADA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – MATÉRIA

> NÃO DEBATIDA EM PRIMEIRO GRAU - JUROS E CORREÇÃO – FIXAÇÃO ESCORREITA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPRESCINDIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO – REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA E APELO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO
>
> E DESPROVIDO. Não se conhece de parte do reclamo, quando a apelante traz determinada matéria que não foi aventada em primeiro grau, devendo a análise desta questão ser afastada na instância superior, sob pena de incorrer em inovação à lide em sede recursal. Não há que se falar em violação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mormente no que diz respeito aos arts. 20 e 22, porquanto a sentença objurgada não foi proferida com base em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração, bem como porque a interpretação de normas, ainda que considerada a dificuldade do gestor público, não pode ferir o direito dos administrados. Os agentes comunitários de saúde fazem jus ao recebimento dos valores relativos ao incentivo financeiro federal, previsto nas Portarias n.º 674/03 e 2.488/11 do Ministério da Saúde. Conforme decisão do STJ, proferida em recurso repetitivo (REsp 1495146/MG), nas condenações impostas à Fazenda Pública que digam respeito a interesses de servidores e empregados públicos devem ser observados os seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E. Nos termos do art. 85, §4º, II, do CPC, não se tratando de sentença líquida, os honorários de sucumbência devem ser arbitrados após a liquidação do julgado.
>
> (BRASIL, TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0801224-62.2018.8.12.0045, Sidrolândia, Relator (a): Des. Marcos José de Brito, 1ª Câmara Cível Rodrigues).

Portanto, pode-se considerar que a partir da Lei 13.655/2018, ocorreu a normatização da reserva do possível nos arts. 20 e 22 da LINDB. Há muito que se discutir quanto a isso, tendo em vista que o dispositivo não aduziu claramente, muito menos denominou como reserva do possível a observância dos limites do gestor público. A interpretação que se faz parte de uma análise sistemática e jurisprudencial. Se esta é a orientação que irá prevalecer, não se sabe. Ademais, ressalva-se que a normatização o estabeleceu como norte interpretativo e não regra ou princípio de observância cogente.

4.2 A CONSTRUÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Já a teoria do mínimo existencial constitui-se a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um critério mínimo e que exprime o essencial para a consecução da vida e dignidade humanas.

Dessa forma, o mínimo existencial pode ser conceituado como o mínimo que um ser humano necessita ter para que goze de uma existência digna, não se identificado por um tipo fechado (princípio ou regra), mas sim um critério de aplicação das normas que

tangenciam a dignidade da pessoa humana. Logo, se o indivíduo necessita de determinado tratamento para que tenha sua saúde restabelecida, pode-se aplicar o princípio do mínimo existencial.

O mínimo existencial, assim como a reserva do possível, é uma construção eminentemente jurisprudencial, que se desenvolveu na fruição da tutela jurisdicional exercida pelo Judiciário, mas também contou com contribuições doutrinárias. Como afirmado anteriormente, o mínimo existencial decorre em razão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e foi sendo paulatinamente construído.

A doutrina e a jurisprudência, nessa testilha, estabelecem algumas características para o mínimo existencial. A *prima facie*, o mínimo existencial seria um elemento pré-constitucional. Embora explicitado na forma dos princípios, este é inerente à pessoa humana e não se esgota nas previsões da Carta Magna, portanto seria pré-constitucional. Ademais, outra característica marcante do mínimo existencial seria a sua natureza *erga omnes* e o seu desenvolvimento na seara do direito público, prevalecendo principalmente nas relações verticais entre o indivíduo e o Estado. (SILVA; BONNACHIO, 2019, p. 58-59).

Contemporaneamente o mínimo existencial tem se desenvolvido em diversas formas e tomado uma dimensão relevante e que ultrapassou as discussões no âmbito da judicialização dos direitos. Coadunado aos princípios constitucionais, o mínimo existencial foi difundido à sociedade, sendo utilizado nas esferas sociais, políticas, econômicas, abrangendo diversos direitos que estão relacionados à dignidade da pessoa humana, o que abre um leque amplo a sua utilização.

4.3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS

Quanto à aplicação das teorias, existem algumas dissensões em sede doutrinária e jurisprudencial. No que se refere à reserva do possível, por exemplo, esta é compreendida por parcela dos teóricos de forma mais tendente a limitar os direitos prestacionais (Böckenford) ou de forma mitigada (Alexy). No Brasil, a tônica não é diferente, no entanto, a jurisprudência pátria tem estabelecido a prevalência do mínimo existencial sobre a reserva do possível.

Outrossim, essas duas teorias são aplicadas e levantadas como argumentação em demasia naquilo que diz respeito ao direito à saúde. Ressalta-se que a aplicação prática da reserva do possível e do mínimo existencial trouxe a ambos uma composição específica, que culminou na inserção destes de forma *suis generis* no ordenamento jurídico.

4.3.1 A natureza de Princípios das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial

Em determinados momentos da pesquisa, mesmo em produções científicas e julgados recentes, viu-se que tanto a reserva do possível quanto o mínimo existencial são tratados ora como teorias jurídicas, ora como princípios do ordenamento jurídico brasileiro. A celeuma se torna relevante na medida em que a alçada destes a categoria de princípios traria resultados práticos distintos do que se compreendidos como meras teorias.

No que tange aos princípios, estes modernamente são compreendidos como normas integrantes do ordenamento jurídico, juntamente das regras, sendo ambos responsáveis por estabelecer o dever-ser do direito. Comumente estes são diferenciados pelo critério da generalidade, sendo as regras específicas, enquanto os princípios gerais e abstratos. Os princípios possuiriam uma função complementar às regras, auxiliando, por exemplo, na sua interpretação e integração. (MENDES; BRANCO, 2016)

Existem ainda muitas discussões teóricas, Dworkin, por exemplo, defende que a diferenciação se encontra no peso que o princípio tem, partindo-se de uma análise quantitativa, em detrimento da regra. Alexy, por seu turno, defende que os princípios: "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes", identificando-se como comandos de aprimoramento. (DWORKIN, 1978; ALEXY, 1993 *apud* MENDES; BRANCO, 2016).

Abstraindo-se a discussão teórico-jurídica, compreende-se que princípios são instrumentos dotados de alto grau de relevância na ordem jurídica, visto que, por suas características, carregam o condão de possuírem valor que ultrapassa o cumprimento de cominações legais, como as regras, funcionando como elemento de integração do sistema jurídico, seja como norma abstrata ou fundamento ideológico interpretativo.

Por conseguinte, em uma análise mais atenta, apercebe-se que não é correto denominar o mínimo existencial e a reserva do possível como princípios, já que carecem das qualidades que se impingem às normas.

A controvérsia se estabelece porque ambas as teorias têm sido utilizadas como tais. Mesmo não sendo princípios, especialmente naquilo que diz respeito ao mínimo existencial, os operadores do direito e a jurisprudência dotam as teorias de efeitos próximos aos destes, o que justifica a imprecisão.

Salienta-se que estes decorrem dos princípios, como no caso da dignidade humana e dos princípios que se estabelecem no âmbito da responsabilidade fiscal e orçamentária.

Em análise à jurisprudência, se concluiu que os efeitos que se dão à reserva do possível e ao mínimo existencial beiram a que é dada aos princípios.

Por exemplo, no julgado que se segue, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco aplicou o entendimento de que o mínimo existencial é uma norma cogente, autoaplicável e obrigatória, veja-se:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. GARANTIA DO SALÁRIO MÍNIMO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA SEM COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso IV, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito ao recebimento do salário mínimo legal. 2. A norma insculpida no art. 39, §3º, da Lei Maior, assegura a aplicação do mencionado dispositivo aos servidores ocupantes de cargo público, como é o caso do apelado. [...] 10. Também não se sustenta a alegação de violação ao Princípio da Separação dos Poderes, pois a obrigação de pagar o mínimo constitucionalmente assegurado tem por fundamento a garantia do chamado mínimo existencial, sendo norma cogente autoaplicável e obrigatória para todos os entes federados. 11. Assiste razão ao apelante no tocante a existência de sucumbência recíproca. De fato, verifica-se equivalência nas ordens de grandeza das sucumbências suportadas pelas partes, porquanto o pleito autoral apenas foi acolhido em parte, tendo o autor sucumbindo no tocante ao seu pedido relativo ao adicional de insalubridade. 12. Apelação parcialmente provida apenas para reconhecer a sucumbência recíproca (art. 86, do CPC), vedada a compensação de honorários na forma do art. 85, § 14, do digesto processual civil vigente, aplicando-se ao apelado a norma constante no art. 98, §3°, também do CPC, eis que beneficiário da justiça gratuita. (BRASIL. TJPE. Apelação n.º 420840-80000440-26.2007.8.17.1190. Relator: Márcio Fernando de Aguiar Silva, 3ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 02/04/2019. Data de Publicação no DJE: 11/04/2019. (grifo nosso).

Assim, à luz desse entendimento, é possível se utilizar da lógica de resolução dos conflitos entre princípios, teorizada por Robert Alexy, para resolver a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Diferente das regras, os princípios não incidem na lógica tradicional da subsunção. A subsunção ocorre quando os fatos se enquadram na previsão abstrata da legislação, importando em uma conclusão que, embora possa guardar determinadas controvérsias a depender do caso concreto, possui cerne invariável. No caso dos princípios, a abstração é uma de suas principais características e decorre da “tensão dialética” entre duas normas de natureza principiológica. Nesses casos, necessária será aplicação da ponderação, onde com base na concretude causal o intérprete irá aferir a força de cada um dos princípios hábeis a incorrer na hipótese, graduando-os com base em concessões recíprocas e na perseguição da preservação de seus conteúdos. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Sobre a proporcionalidade discorre Alexy (2015):

> O princípio da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem recebido cada vez mais reconhecimento internacional, tanto na prática e na teoria da jurisdição constitucional, é composto por três subprincípios: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade stricto sensu (em sentido estrito). Todos os três subprincípios expressam a ideia de otimização. Por essa razão, a natureza dos princípios conduz ao princípio da proporcionalidade e ele a ela reciprocamente. Os princípios da adequação e necessidade referem-se às possibilidades fáticas da otimização relativa. A otimização em relação às possibilidades fáticas consiste em evitar sacrifícios evitáveis. Os sacrifícios, no entanto, são inevitáveis quando os princípios colidem entre si. Ponderá-los, portanto, se torna indispensável.

Nessa testilha, prossegue:

> A ponderação é o foco do terceiro subprincípio, do princípio da proporcionalidade, ou seja, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio expressa o que significa a otimização em relação às possibilidades jurídicas. O mesmo se dá com uma regra que possa ser chamada de "lei da ponderação". Ela determina: quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender o outro.

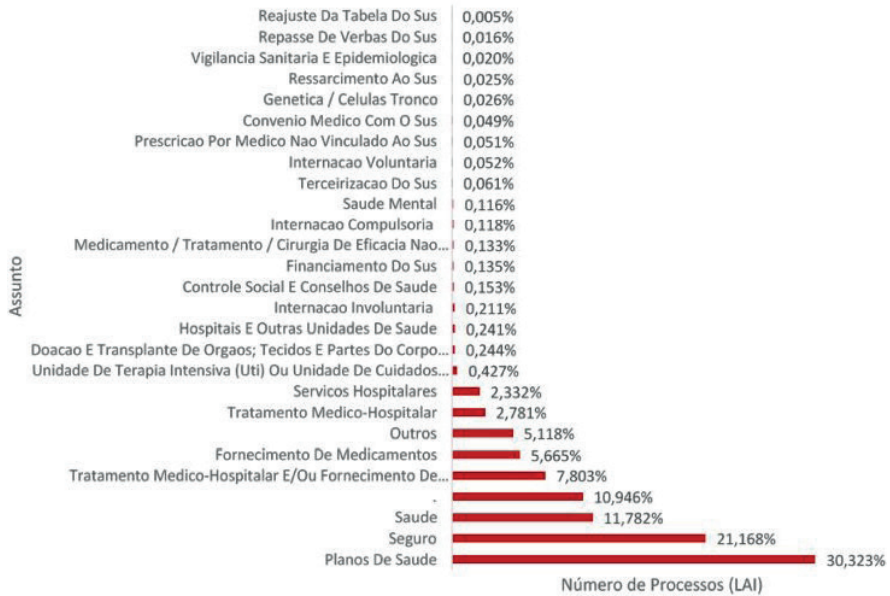
Dessa forma, é possível a resolução do problema entre o mínimo existencial e a reserva do possível com a utilização de propostas que visam a resolução dos conflitos entre princípios. É o que tem sido feito na maioria das decisões que versam sobre o direito à saúde.

Salienta-se que as normas quando analisadas de forma isolada, se demonstram como simples cominações que mesmo sendo observáveis, carecem de uma fundamentação que transcenda a sua simples imperatividade implícita, seja norma positivada ou não. A organização das normas de forma sistemática, por sua vez, permite a sua avaliação sob o escopo de um conjunto preestabelecido de propósitos e valores que orientarão o intérprete do direito em sua aplicação.

A discussão entre o direito e a disponibilidade financeira é um dos pontos que mais se encontram em voga, principalmente como no caso do direito à saúde, onde se estabelecem dois elementos que são bem sensíveis, a dignidade da pessoa e a possibilidade que o Estado possui para garanti-la.

A análise de elementos financeiros e econômicos na promoção de políticas públicas é comum no Brasil. Em diversas ocasiões, a falta de recursos tem consubstanciado o afastamento da administração pública da tutela de direitos, já que incapaz de manter as políticas públicas capazes de promover a sua materialização.

Outro ponto relevante diz respeito à aplicação das referidas teorias nas questões que fogem da lógica primária da judicialização da saúde, qual seja indivíduo contra o Estado que não observa seus direitos constitucionalmente garantidos. Em atenção a dados do CNJ, quando se analisam os processos judiciais sobre saúde, nota-se que prevalecem as lides sobre relações securitárias e com planos de saúde. Veja-se:

Tabela 3 - Número de processos de saúde por tipo (2008-2018)

Fonte: CNJ; INSPER, 2019, p.49.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência vêm nos últimos tempos assumindo a possibilidade da aplicação das teorias em relação a litígios estabelecidos em função de planos de saúde e contratos de seguro. Um exemplo claro disso é a quantidade de processos que na dinâmica da judicialização da saúde versam sobre essas duas hipóteses, como mostrado acima.

4.4 A TEORIA DOS CUSTOS

Neste trabalho discutiu-se muito acerca da judicialização dos direitos fundamentais, em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha completado mais de 30 anos de vigência, muito dos direitos ali garantidos ainda estão em via de formação de ferramentas para a sua aplicabilidade material e o atingimento do fim proposto pelo Constituinte, sendo que nesse exercício o papel do Poder Judiciário tem sido relevante.

Em atenção às diversas mudanças significativas ocorridas no Brasil, considerando-se diversos aspectos, vê-se que o Judiciário tem tido um papel relevante. A título de exemplo, cita-se o caso recente da criminalização da homofobia e transfobia pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733. O STF decidiu por equiparar ao crime de racismo as ofensas físicas e verbais dirigidas aos homossexuais e transexuais, já que moroso o Poder Legislativo em editar lei nesse sentido.

Ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, tem-se atribuído a missão de solucionar litígios que importam a sua interação em diversas esferas e com os demais Poderes da República. No exemplo anteriormente referido, o STF viu como necessária a intervenção junto ao Legislativo, havendo também diversos momentos em que a promoveu em relação ao Executivo. Em se tratando deste último, a interferência se dá, como já aludido no capítulo anterior, para a efetivação de direitos positivos, quais sejam aqueles que, como o direito à saúde, demandam prestação positiva do Estado.

No que concerne aos direitos prestacionais, uma das principais discussões acerca da atuação judicial circunda o distanciamento entre a aplicação da norma e a realidade fático-jurídica, onde muitas vezes a decisão do caso submetido à apreciação do Judiciário esbarra em óbices para ser efetivada, ou quando a sua efetivação pode importar em descompassos e prejuízos. Isto pois em muitas situações a Fazenda Pública, quando colocada no polo passivo das demandas de saúde, alega, por exemplo, que o fornecimento do pleiteado implica no ferimento do princípio da isonomia ou que o mesmo, quando de alto custo e não coberto pelo SUS, retira quantias que poderiam ser revertidas em prol de mais pessoas.

Nessa testilha, foi trazida ao Brasil, introduzida por Flávio Galdino, a Teoria dos Custos do Direito. Esta foi desenvolvida por Cass Sustein e Stephen Holmes em sua obra *The Cost of Rights* (1999). Em resumo, trata-se de uma ressignificação dos direitos subjetivos fundamentais, já que propõe uma análise de custo-benefício quando da operacionalização do direito positivo. (FERREIRA, 2016, P. 25).

A teoria dos custos dos direitos se relaciona diretamente a uma visão surgida ainda no século XX de compreensão do direito através de uma análise econômica. A análise econômica do direito traz a lume e propõe que, mesmo no caso de direitos cujo bem jurídico é de máxima relevância, deve-se haver a observância do critério da eficiência.

> É natural imaginar que o direito não deve tratar de eficiência, mas de justiça. Ocorre que, em certas situações, ele versa sobre ambas, podendo criar incentivos para que as pessoas se comportem de maneira mais produtiva, num grau de eficiência econômica tendente à realização de objetivos constitucionais, como o desenvolvimento nacional. É também por meio de arranjos jurídicos que esse aumento de produtividade pode gerar, paralelamente, maior justiça social em virtude de regras de redistribuição de riquezas e redução de desigualdades. No fluxo desse diálogo, assumem voz ativa as abordagens sobre direito e desenvolvimento (*Law and Development*), evidenciando a interseção entre teorias econômicas, arranjos jurídicos e práticas institucionais. (OLIVEIRA; PAYÃO, 2018, p. 218).

De acordo com o que leciona Fonte (2013, p. 129):

> São duas as premissas básicas do texto, que podem ser resumidas nas seguintes assertivas: (i) direitos de qualquer espécie custam dinheiro e (ii) todos os direitos reclamam o uso do tesouro público. Assim, conforme cabalmente demonstraram os autores, é falaciosa a tese de que há direitos

> que exigem abstenções estatais absolutas, isto é, que são eficazes sem a realização de alguma atividade estatal. Todos os direitos exigem a presença do Estado, mesmo que sejam contra ele mesmo (ditos de defesa).

Inserida no Brasil, a teoria dos custos dos direitos foi sendo aprimorada à realidade jurídico-constitucional, criando-se um modelo mais consistente, no qual relacionou a verificação do direito à relação entre disponibilidade de recurso e essencialidade, que se identificaria como uma limitação externa à sua efetivação. Assim, as condições relacionadas a efetivação seriam elementos extrínsecos e que significariam um "conceito pragmático de direito subjetivo". (GALDINO, 2005 *apud* FERREIRA, 2016, p. 26).

No caso brasileiro, a teoria dos custos foi decisiva para a criação da teoria da reserva do possível, no entanto, salienta-se existirem diferenças relevantes entre estas. Enquanto em um primeiro momento, no cerne da teoria se discutia a efetividade de direitos sob um enfoque da capacidade orçamentária geral e em atenção às normas de planejamento e efetivação, o Estado utilizou-se desta para consubstanciar a sua defesa com a reserva do possível, passando a justificar o descumprimento de direitos fundamentais prestacionais.

A natureza da teoria dos custos surge a partir de uma visão focada nos aspectos econômicos e fiscais, pregando a existência de uma aplicação responsável de recursos na implementação dos direitos que necessitam de ação efetiva por parte do Estado e não estabelece que deva se haver uma não aplicação fundada em ausência ou contingência de recursos.

No ordenamento jurídico brasileiro a discussão se revela de maior relevância quando se parte do pressuposto de que parte considerável dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos necessita de atuação financeira ativa do Estado. Estas normas possuem a natureza de normas programáticas e são efetivadas apenas com a promoção de sua exigibilidade.

Os próprios idealizadores da teoria defendiam que a falta de recursos disponíveis serviria de óbice ao cumprimento de direitos, veja-se:

> The cost of rights raises not only questions of democratic accountability and transparency in the process of allocating resources; it also brings us unexpectedly into the heart of moral theory, to problems of distributional equity and distributive justice. To describe rights as public investments is to encourage rights theorists to pay attention to the question of whether rights enforcement is not merely valuable and prudent, but also fairly allocated. The question here is whether, as currently designed and implemented, disbursements for the protection of rights benefit society as a whole, or at least most of its members, or only those groups with special political influence. Do our national priorities, in the area of rights enforcement, merely reflect the influence of powerful groups, or do they promote the general welfare? To study costs is not to shortchange politics and morality, but rather to compel consideration of such questions. The subject is so important precisely because it draws attention to the relation between rights on the one hand and democracy, equality, and distributive justice on the other[1]. (HOLMES; SUSTEIN, 1999 *apud* CALDAS, 2019, p. 69).

1 O custo dos direitos levanta não só questões de responsabilização democrática e transparência no processo de

A teoria dos custos foi decisiva para a criação da teoria da reserva do possível. No entanto, salienta-se existirem diferenças relevantes entre estas. Enquanto em um primeiro momento se discutia a capacidade orçamentária geral e sob um enfoque de análise a planejamento. Contudo, usando-se da reserva do possível o Estado passou a justificar o descumprimento de prestações que muitas vezes são básicas, o que claramente está em descompasso com a proposta original.

No caso do direito à saúde, a teoria se coaduna com as disposições existentes no ordenamento jurídico que versam sobre este. No caso da Lei 8.080/90, que estabeleceu o SUS, o art. 36 estabelece que o orçamento do Sistema deverá ser compatibilizado com "as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União". Outrossim, a Lei estabelece como um dos princípios do SUS a busca pela eficiência, pugnando como princípio a "organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos". (BRASIL, 1990).

Assim, a teoria dos custos não deve ser compreendida como um entrave à efetivação de direitos fundamentais, mas sim uma ferramenta de garanti-los, por meio da observância de diretrizes que garantam fontes de financiamento necessárias à prestação.

4.5 A APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A reserva do possível e o mínimo existencial se chocam reiteradamente. O número de processos judiciais em que ambas as teorias são invocadas demonstram a relevância da discussão a seu respeito.

Para compreender suas aplicações nos casos concretos, é necessário se fazer uma análise da jurisprudência. Parte-se de um pressuposto de que uma das melhores formas de se averiguar a interação destas teorias com os direitos fundamentais, em especial o direito fundamental à saúde, é pertinente para a pesquisa. A jurisprudência revela a forma como estes têm sido tratados pelo Poder Judiciário na aplicação do seu poder jurisdicional e aplicados ao caso concreto.

A coleta de julgados a serem analisados foi realizada com o uso da plataforma Jusbrasil, que indexa os bancos de jurisprudências de tribunais de todos os estados do Brasil. A plataforma indexa os julgados de primeira e segunda instância dos Tribunais

alocação de recursos; ele também nos traz inesperadamente no coração da teoria moral, para problemas de equidade distribucional e justiça distributiva. Descrever os direitos como investimentos públicos é incentivar os teóricos dos direitos a prestar atenção à questão de saber se a aplicação dos direitos não é meramente valiosa e prudente, mas razoavelmente alocado. A questão aqui é se, como atualmente concebidos e implementados, os desembolsos para a proteção dos direitos beneficiam a sociedade como um todo, ou pelo menos a maioria de seus membros, ou tão somente aqueles grupos com influência especial influência política. As nossas prioridades nacionais, no domínio da aplicação dos direitos, refletem meramente a influência de grupos poderosos, ou promovem o bem-estar geral? Estudar os custos não é menosprezar a política e a moralidade, mas sim para obrigar a consideração de tais perguntas. O assunto é tão importante precisamente porque chama a atenção para a relação entre os direitos, por um lado, e a democracia, a igualdade e justiça distributiva por outro. (tradução nossa).

Estaduais e Tribunais Regionais Federais, bem como os julgados de instâncias superiores (STF, STJ, TST).

Na pesquisa foram utilizadas as palavras-chave "direito à saúde", "reserva do possível" e "mínimo existencial". Do resultado da pesquisa, fez-se uma análise da ementa do processo e em casos específicos de seu inteiro teor.

Das jurisprudências indexadas, vê-se que Mato Grosso do Sul é o sexto estado com o maior número de decisões de segundo grau sobre o tema, totalizando 2.251 decisões. Os estados com maior número de decisões são aqueles mais populosos, tais como São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Paraná e Minas Gerais.

Em relação ao número de habitantes, Mato Grosso do Sul é o Estado com o maior índice de judicialização, chegando a 111,12 processos a cada grupo de cem mil habitantes, o que foi constatado pelo relatório do CNJ sobre judicialização da saúde. Veja-se:

Tabela SEQ Tabela * ARABIC 4 - Número de processos judiciais sobre a saúde a cada 100 mil habitante

TJ	REGIÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	MÉDIA
TJMS	Centro-Oeste	2,16	28,62	47,95	79,28	112,40	154,45	148,61	211,90	214,70	111,12
TJCE	Nordeste	11,29	10,72	15,86	28,00	46,55	52,63	165,75	65,19	310,68	78,52
TJRN	Nordeste	44,38	66,47	78,75	76,95	74,51	82,47	72,13	77,64	116,68	76,67
TJPE	Nordeste	25,48	28,13	36,61	92,13	132,55	59,62	53,94	63,88	66,09	62,05
TJMT	Centro-Oeste	66,12	77,85	64,86	72,61	67,60	83,02	46,18	45,23	33,58	61,89
TJSC	Sul	3,76	6,21	7,68	14,08	29,69	67,80	102,80	121,37	175,73	58,79
TJAL	Nordeste	14,13	38,35	35,09	60,94	35,41	19,27	48,58	87,38	85,05	47,13
TJMA	Nordeste	34,16	62,50	62,51	51,20	34,66	37,79	31,66	32,18	34,44	42,34
TJSP	Sudeste	9,08	18,74	22,55	33,46	37,86	44,57	48,47	47,72	52,03	34,94
TJRO	Norte	0,00	11,53	14,34	36,41	71,23	17,61	25,73	0,17	0,00	19,67
TJTO	Norte	0,07	0,29	3,00	7,27	12,18	16,97	31,09	38,10	38,70	16,41
TJRJ	Sudeste	114,98	24,72	0,14	0,09	0,25	0,70	1,10	0,73	1,03	15,97
TJAC	Norte	0,00	0,41	1,21	5,80	14,94	27,46	21,78	31,47	32,06	15,01
TJDFT	Centro-Oeste	0,00	0,04	0,11	0,38	0,93	1,54	4,67	19,65	87,61	12,77
TJMG	Sudeste	1,92	3,20	3,86	5,84	8,92	9,64	10,87	17,26	26,26	9,75
TJPI	Nordeste	0,22	0,22	0,22	0,38	0,72	1,25	2,09	1,28	1,89	0,92
TJES	Sudeste	0,09	0,23	0,25	0,28	0,81	0,62	0,79	1,16	1,67	0,65
Total		**24,40**	**20,34**	**19,97**	**29,59**	**35,71**	**35,95**	**45,41**	**43,68**	**67,04**	**35,79**

Fonte: CNJ; INSPER, 2019, p. 121.

A princípio, da análise feita se depreende que na maioria dos casos, na interação entre o direito à saúde e a reserva do possível, este primeiro, consubstanciado pelo mínimo existencial, prevalece sobre o segundo. Na maioria dos julgados, a dignidade da pessoa humana é levantada para se fundamentar o acolhimento das pretensões que cobram medidas prestacionais do Estado.

Esse direcionamento pode ser encontrado desde julgados dos Tribunais Superiores a julgados no STF, os quais corroboram a prevalência do mínimo existencial. A título de

exemplo, menciona-se a seguinte ementa, proveniente do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 727864:

> E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II).

DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHES CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA "AD CAUSAM" NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (BRASIL, STF. ARE 727864 AgR, Relator(a): Min.º CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014).

Em se tratando dos Tribunais estaduais, os entendimentos seguem a orientação dos tribunais superiores. Como exemplo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL MÍNIMO EXISTENCIAL PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL 1. A omissão do ente público em fornecer o tratamento médico vindicado pelo autor, apelado, afigura-se como um abuso do Poder Executivo, suficiente a autorizar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da Constituição Federal, é direito fundamental que integra o mínimo existencial, não podendo, sua concretização, ficar discricionária ao administrador. 2. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. 3. O princípio da proibição do retrocesso impede o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. 4. Apelação Cível Improvida. (BRASIL, TJPI. Apelação Cível Nº 2016.0001.007500-7. Relator: Des. José Ribamar Oliveira, 2ª Câmara de Direito Público).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ENTE ESTATAL DE GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL – PREVALÊNCIA DO EFETIVO CUMPRIMENTO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A saúde é direito de todos e dever do Estado (União, Estados-Membros e Municípios), o qual deverá garantir aos indivíduos a efetiva prestação de serviços mínimos para uma vida digna, não podendo valer-se da cláusula da reserva do possível para se abster de dar o efetivo cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. O sequestro de verba pública é medida de caráter excepcional e deve ser concedida para a efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente quando haja nos autos comprovação de que o Estado não está cumprindo a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados e a demora no recebimento acarrete risco à saúde e à vida do demandante. (BRASIL, TJMS. Apelação Cível n. 0801251-68.2018.8.12.0005, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, 3ª Câmara Cível).

Fonte (2013, p. 141) aduz que a dificuldade para utilizar da reserva do possível reside na sua ausência de base normativa, de forma que a sua inserção no contexto dos direitos fundamentais somente é feita quando sob uma leitura pragmática e consequencialista da Constituição Federal de 1988. Em situação totalmente contrária, encontra-se o mínimo existencial, visto este ser baseado em um conjunto de normas e princípios que lhe garantem base de aplicação.

Salienta-se que, embora prepondere, o mínimo existencial não é absoluto, e nem deveria o ser, já que em casos específicos a reserva do possível tem sido acolhida, é o caso do Recurso de Apelação Cível n.º 1.0000.19.046463-6/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais com o intuito de obrigar o hospital e o município a implementarem plano de ação voltado a zerar toda a demanda reprimida por serviços de fisioterapia e terapia ocupacional na rede pública municipal de saúde, e a adoção de todas as medidas necessárias para suprimento do déficit dos serviços de fisioterapia e terapia ocupacional, visando o atendimento integral da demanda da rede pública municipal de saúde de Belo Horizonte, garantindo ao usuário o atendimento integral no prazo máximo de 30 dias, logo após diagnóstico, e ao tempo necessário para todo o tratamento, de acordo com a respectiva prescrição.

Em primeira instância, a Ação foi julgada improcedente, tendo sido feito o recurso de apelação pelo *parquet*. Em segunda instância a sentença do juízo *a quo* foi confirmada, veja-se:

> EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINAR - HOSPITAL ODILON BEHRENS
>
> -ILEGITIMIDADE PASSIVA - ACOLHIMENTO - MÉRITO - IMPLEMENTAÇÃO DE PLANO DE AÇÃO VOLTADO A ZERAR TODA A DEMANDA DE FISIOTERAPIA, HIDROTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL - MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - DIREITO À SAÚDE - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO A PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO - LIMITES FÁTICOS E JURÍDICOS - ÍNDOLE ORÇAMENTÁRIA (CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL) - FILA DE ESPERA - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO A SAÚDE - INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA. 1.
>
> Verificando-se que o Hospital Odilon Behrens é uma autarquia municipal responsável apenas pela execução dos atendimentos de saúde, patente a sua ilegitimidade, eis que cabe à municipalidade a implementação e o custeio dos atendimentos. 2. Embora o direito à saúde se traduza em um direito público subjetivo a prestações positivas do Estado, no caso específico dos autos, em que se pleiteia a “implementação de plano de ação voltado a zerar toda a demanda reprimida por serviços de fisioterapia e terapia ocupacional, na rede pública municipal de saúde de Belo Horizonte/MG, para munícipes e não munícipes, de acordo com o papel de referência deste município para a Região de Saúde Ampliada Centro, de forma a garantir que o usuário do SUS, que aguarda em fila de espera, tenha atendimento integral de fisioterapeuta e/ou terapeuta ocupacional”, verifica-se que o direito constitucional à saúde não possui caráter absoluto, uma vez que o seu exercício na hipótese em espeque encontra limites fáticos e jurídicos, sobretudo de índole orçamentária (cláusula

da reserva do possível). 3. A ausência de atendimento imediato de fisioterapia e/ou terapia ocupacional aos usuários da rede de saúde do Município de Belo Horizonte não configura, por si só, violação ao direito à saúde, pois em momento algum a municipalidade negou aos usuários o direito, mas apenas condicionou o seu exercício ao respeito à fila de espera, uma vez que a insuficiência de recursos públicos impede possa garantir que todos os munícipes e não munícipes tenham acesso simultâneo e imediato à fisioterapia e/ou terapia ocupacional, sendo certo que a colocação dos usuários em fila de espera não se deu de forma arbitrária, pelo contrário, foi pautada por critérios objetivos que buscaram priorizar o atendimento dos usuários. 4. A intervenção do Poder Judiciário provocaria verdadeira ingerência sobre o Município de Belo Horizonte, ofendendo o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva da administração, cabendo ao Município verificar a possibilidade de expansão da rede atual de atendimento fisioterápico e/ou terapia ocupacional, sem que tal medida dificulte o cumprimento de outras necessidades básicas dos seus munícipes, como em outros setores afetos a saúde, a educação, etc. 5. Deve a ação ser julgada improcedente, sob pena de desestruturar todo o aparato financeiro do Município de Belo Horizonte, trazendo prejuízos ainda mais gravosos a posteriori para os seus munícipes. 6. Apelação não provida. 7. Reexame necessário prejudicado. (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.19.046463-6/001, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto , 8ª CÂMARA CÍVEL).

A reserva do possível, embora aplicada de forma menos expressiva, ainda é passível de utilização. Do julgado supra, percebe-se que a interpretação dada da teoria foi mais aproximada daquela originada na Alemanha, que colocava como óbice aos direitos fundamentais a possibilidade de efetivação do direito, a possibilidade e a razoabilidade. No caso em tela, o pedido do Ministério Público não atendia a nenhum dos dois critérios, já que, como bem aponta o relator, não havia sequer direito violado, tendo em vista que o município não apresentou negativa ao cumprimento. Outrossim, os requisitos que o órgão exigia da Administração destoavam do que poderia ser operacionalizado, considerando-se o número de pacientes da rede pública e a disponibilidade orçamentária. Ressalta-se que em nenhum momento foi utilizado como fundamento a falta de recursos.

Ao decorrer desta pesquisa, viu-se que muitos doutrinadores, pesquisadores e aplicadores do direito tratavam a reserva do possível como uma impossibilidade e uma ferramenta de chancela do descumprimento de direitos. Questiona-se, contudo, se esta visão não é demasiadamente radical. Claramente se considerarmos a reserva do possível como escusa para o cumprimento de deveres constitucionalmente instituídos ao Estado, é claro que estaremos em uma situação em que os direitos fundamentais prevalecerão, por óbvio. Porém, se como no caso do julgado trazido, este for aplicado como um critério interpretativo, talvez sirva à consecução dos direitos fundamentais, diferente do que se pressupõe.

4.6 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO PARÂMETRO DE EFETIVIDADE: AS INOVAÇÕES DA LEI 13.655/2018

A teoria da reserva do possível ganhou em sede do ordenamento jurídico brasileiro delineamentos que o transformaram em mera escusa para o cumprimento dos direitos fundamentais, sob o pretexto da ausência de recursos, perdendo-se a relação entre o que aqui se compreende com reserva do possível e a sua proposição inicial firmada pelo Judiciário alemão.

A forma como o Estado e os Poderes decidiram tratar da reserva do possível fez se estabelecer um sentimento de banalização. A Administração o alega de forma a suprir uma lacuna, visto que, na maioria das vezes, não há argumentos que defendam de forma eficiente a inépcia no cumprimento de ônus estabelecido constitucionalmente ao Estado. Dessa forma, a reserva do possível é sobreposta, no caso das ações que versam sobre o direito à saúde, pelo princípio da dignidade da pessoa humana expresso pelo mínimo existencial. É claro que em uma sociedade como a brasileira, onde a corrupção e má gestão de recursos públicos são recorrentes, a dignidade da pessoa humana irá possuir maior relevo, já que se parte do pressuposto, baseado muitas vezes no senso-comum, de que o Estado possui as ferramentas e os recursos necessários para a efetivação desse e de outros direitos prestacionais.

Negligencia-se que a reserva do possível não se trata como mero desencargo do cumprimento da obrigação, mas sim como parâmetro para a avaliação da procedência do pedido ante o trinômio, necessidade, utilidade e possibilidade.

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro sofreu uma pequena reforma no ano de 2018, estabelecendo alguns parâmetros decisórios e que se coadunam com a noção da teoria dos custos e da existência de barreiras fáticas a observância de determinadas normas.

A LINDB se identifica como uma norma que logra em fundamentar a compreensão que se haverá do sistema jurídico, não só regulando a soberania nacional antes questões que possam incorrer em conflito com a legislação de outros Estados, mas também abordando questões referentes aos conflitos no tempo e no espaço. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 100).

Dentre as alterações impostas pela Lei 13.655/2018, destacam-se para o que aqui se analisa os ditames dos arts. 20 e 22, a saber:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.
>
> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

A LINDB passou a estabelecer que o intérprete e aplicador das normas deverá ter como baliza os efeitos práticos, na forma de consequência de determinado *decisum*, e, no tocante às normas de gestão pública, os óbices e dificuldades do gestor em atenção às políticas públicas. Em outras palavras, a capacidade do Estado em prover determinado direito deverá passar pelo crivo da possibilidade na efetivação.

Os novos dispositivos coadunam-se com noções atinentes à teoria dos riscos dos direitos e a reserva do possível como concepção interpretativa, que deve servir ao intérprete da norma como parâmetro para dar efetividade aos direitos fundamentais de caráter prestacional, seguindo-se a lógica de que reserva do possível não deve ser compreendida como um subterfúgio para a inabilidade do Estado em promover a efetivação de direitos positivos, mas sim como ferramenta para o estabelecimento de limites e critérios que considerem aspectos que, embora menores ante a relevância dos direitos fundamentais, guardam nexo com a sua consecução.

A consideração dos aspectos financeiro e econômico do direito, conforme já aludido anteriormente, é essencial para a busca por uma efetivação dos direitos fundamentais, com o intuito não de reduzi-los ou limitá-los, mas sim de garantir que mesmo em situações de crises financeiras, haja a possibilidade de se promover a prestação que tais direitos demandam.

Na colocação feita pelos arts. 20 e 22, a reserva do possível não deve ser encarada como regra ou princípio que deva ser observado em detrimento dos direitos fundamentais. Insere, na realidade, como um norte de interpretação e aplicação das leis que dão forma aos direitos fundamentais.

Como bem aponta o Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do RE n.º 592.581/ RS:

> A primeira coisa a dizer é que a cláusula da reserva do possível não pode ser um artifício retórico, uma válvula de escape para o Estado deixar de cumprir a sua obrigação em situações em que ele evidentemente tem o dever jurídico de atuar. Agora, afastada essa incidência ilegítima da reserva do possível, ela tem um papel importante numa democracia por duas razões: primeiro, a reserva do possível traz em si o respeito a princípios orçamentários mínimos de quem decide fazer as alocações de recursos, além da lógica elementar de que “dinheiro não nasce em árvores” – para utilizar uma expressão do Cass Sunstein –, e, portanto, é preciso saber como acudir a todas essas demandas sociais que existem.

A inserção ainda é recente, o que demanda certa cautela ao afirmar que se trata claramente da reserva do possível. No entanto, analisando-se a pouca jurisprudência que existe a respeito e considerando a construção teórica do instituto, compreendemos que é o caso.

Diante disso, é possível se falar em uma aplicação da reserva do possível no que tange a efetivação de direitos fundamentais quando tutelados juridicamente. Pelo que expõem os referidos dispositivos, a possibilidade econômica deverá ser considerada, sob risco de incorrer em um absolutismo que, mesmo em se tratando de Direitos Fundamentais, coloca em risco o Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à saúde é de vital importância para a garantia da dignidade do ser humano. O modo como este está ligado a aspectos essenciais a ocorrência e manutenção da vida e do bem-estar das pessoas faz com que dentre os direitos fundamentais, este ganhe mais proeminência. Isso se demonstra no modo como a judicialização se desenvolve quando o objeto envolve a saúde.

O estabelecimento da saúde como direito fundamental é recente e foi estabelecida na Constituição Federal de 1988, sendo esta uma conquista histórica, principalmente para as populações menos favorecidas. A partir da constitucionalização desse direito foi necessária a sua concretização por meio de mecanismos que tornassem efetivos os ditames da Carta Magna, qual seja o fornecimento de assistência em saúde integral e de forma universal.

Longe do postulado programático do texto constitucional, o cenário fático de efetividade do direito à saúde não tem sido dos melhores. São diversas as dificuldades, no entanto, a mais proeminente cinge-se ao aspecto financeiro. Nesse sentido, surgiram, a partir da década de 70, teorias como a da reserva do possível e a teoria dos custos dos direitos, que aplicavam aos direitos fundamentais, principalmente prestacionais, a interface econômica.

No Brasil, a reserva do possível foi aplicada de uma maneira diversa e distante da sua proposta original. Se em um primeiro momento a teoria estava ligada ao estabelecimento de parâmetros de possibilidade da prestação positiva, no Brasil passou a ser encarada como um subterfúgio do Estado para o descumprimento de direitos fundamentais, tendo sido usada reiteradamente como tese de defesa nos processos inseridos na judicialização da saúde. Isso levou a total banalização do instituto e uma aversão por parte dos operadores do direito e da própria população, o que é compreensível. Parte da alta carga tributária a que todo cidadão brasileiro se encontra submetido deveria ser utilizada na realização desses serviços. A alegação de que faltam recursos para a consecução do direito à saúde demonstra a inabilidade do Estado e reforça a sua responsabilidade pelo atendimento das necessidades em nível de saúde.

Ocorre, no entanto, que a reserva do possível, se aplicada de acordo com os postulados originais, é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e pode ser usada como norte interpretativo no momento da concretização de direitos prestacionais. Para tal afirmação, parte-se de uma concepção embasada na visão econômica do Direito, considerando o texto constitucional não como mero postulado que se encontra descolado da realidade social, fática e financeira, mas sim um elemento que se relaciona diretamente com esses fatores. Considerar a reserva do possível como um entrave à efetivação dos direitos é ignorar que estes possuem custos e, ao contrário do que se pensa, observá-los é uma forma de promover a efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, foram inseridos alguns artigos na LINDB por meio da Lei n.º 13.655/2018, que estabeleceram como parâmetro interpretativo de normas sobre gestão pública a capacidade do gestor e a situação fática de aplicação. Embora não se possa falar que a norma promoveu o reconhecimento legal da reserva do possível, existem novas questões a serem abordadas. A exígua jurisprudência disponível tem estabelecido que talvez seja nesse sentido a interpretação que será dada sobre esses dispositivos.

No entanto, o Estado reiteradamente demonstra que não possui ainda a capacidade de promover uma melhor gestão de seus recursos. Dessa forma, foi necessária a intervenção do Poder Judiciário, ocasionando uma série de conflitos. Alguns deles foram dirimidos, como a capacidade do Judiciário para avaliar judicialmente a ausência de políticas públicas e a não violação do princípio da separação dos Poderes. No entanto, questões como o ativismo judicial e o estabelecimento de limites à efetivação de direitos prestacionais pelo Judiciário estão longe de serem totalmente pacificadas.

A reserva do possível, repisa-se, não deve ser encarada como uma regra ou um postulado que apresente óbice ao cumprimento dos direitos fundamentais, mas como um parâmetro interpretativo em busca da garantia desses direitos, conjugando a administração dos recursos com a busca pela efetividade dos direitos prestacionais.

Outrossim, mesmo que a saúde esteja atualmente em um momento de fragilidade, principalmente naquilo que diz respeito as suas formas de financiamento e a efetividade dos seus mecanismos de materialização, o direito à saúde não resta relegado ao obscurantismo total. Propostas como o Projeto de Lei 1.375/18, que propõe o estabelecimento de metas e objetivos decenais ao SUS, demonstram que a busca pelo direito à saúde prossegue, mesmo ante a diminuição de recursos e a crise financeira que se instala no Brasil.

REFERÊNCIAS FINAIS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, p.49-68, dez. 2006.

BRASIL. Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Crea, em cada uma das emprezas de estradas de ferro existentes no paiz, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos ernpregados.. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 13 abr. 1923.

________. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

________. **Lei Orgânica nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 set. 1990.

________. Decreto nº 591, de 06 de junho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 07 jul. 1992.

________. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 31 dez. 1999.

________. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. **Diário da Justiça**. Brasília, 04 maio 2004.

________. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715-5. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**. Brasília, 22 nov. 2005.

________. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0010441-60.2008.8.19.0000. Relator: Desembargador Ricardo Rodriguez Cardoso. Rio de Janeiro, RJ, 02 de fevereiro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 09 fev. 2010.

________. Superior Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 727864. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 05 fev. 2015.

________. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 dez. 2016.

________. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2087124-31.2016.8.26.0000. Relator: Desembargador Kleber Leyser de Aquino. São Paulo, SP, 21 de junho de 2016. **Diário da Justiça Eelerônico**. São Paulo, 22 jun. 2016.

________. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Vigência Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 26 abr. 2018.

________. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Apelação nº 0801251-68.2018.8.12.0005. Relator: Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa. Campo Grande, MS, 07 de fevereiro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Campo Grande, 11 fev. 2019.

________. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de Instrumento nº 201800813553. Relator: Desembargador Alberto Romeu Gouveia Leite. Aracaju, SE, 26 de fevereiro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Aracaju, SE.

________. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 420840-80000440-26.2007.8.17.1190. Relator: Desembargador Márcio Fernando de Aguiar Silva. Recife, PE, 02 de abril de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Recife, 11 abr. 2019.

________. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 25 de abril de 2018. **Diário de Justiça**. Brasília, 04 maio 2018.

________. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Remessa Necessária nº 1.0043.15.003630-9/002. Relator: Desembargador Washington Ferreira. Belo Horizonte, MG, 30 de julho de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Belo Horizonte, 06 ago. 2019.

________. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 0801224-62.2018.8.12.0045. Relator: Desembargador Marcos José de Brito Rodrigues. Campo Grande, MS, 15 de agosto de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Campo Grande, 19 ago. 2019.

________. Tribunal de Justiça do Piauí. Apelação nº 2016.0001.007500-7. Relator: Desembargador José Ribamar Oliveira. Teresina, PI, 08 de agosto de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Teresina, 20 ago. 2019.

________. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 07071419620198070000. Relator: Desembargadora Simone Lucindo. Brasília, DF, 07 de agosto de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 ago. 2019.

________. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 1.0000.19.046463-6/001. Relator: Desembargadora Tereza Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, MG, 26 de setembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Belo Horizonte, 02 out. 2019.

BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Argumentum**, Marília, v. 10, n. 9, p.295-318, dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Revista Direito Administrativo, n.º 240. Rio de Janeiro, 2015. p. 1-42.

________. **Da falta de efetividade** à **judicialização excessiva: direito** à **saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, v. 60, n.º 188, p.29-60, jan.º 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

________. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n.º 1, p.23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 12 abr. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso** à **Justiça.** Porto Alegre: SAFE – Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

CALDAS, Diogo Oliveira Muniz. A contraposição da teoria dos custos de direitos e do mínimo existencial no campo da judicialização dos direitos fundamentais. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Viçosa, v. 14, n. 1, p. 67-79, jan. 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/250>. Acesso em: 14 out. 2019.

CASTRO, Matheus Felipe de; ZUCCHI, Renan. “Reserva do possível” como argumento de limitação do Estado de bem-estar social? A Constituição de 1988 e o seu projeto de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 57, p.84-103, abr. 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12151>. Acesso em: 14 out. 2018.

CAYRES, Giovanna Rosseto Magaroto; LUCA, Guilherme Domingos de. Princípios da reserva do possível e do mínimo existencial em face da efetivação dos direitos fundamentais sociais no atual estado democrático. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, Canoinhas, v. 8, n. 15, p.137-159, 25 out. 2016. Faculdade Damas da Instrucao Crista. http://dx.doi.org/10.22293/2179-507x.v8i15.371. Disponível em: <https://faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/371>. Acesso em: 14 out. 2019.

CNJ; INSPER**. Judicialização da Saúde no Brasil**: O perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

CURY, Ana. **Desemprego fica em 12% no 4º trimestre de 2016 e atinge 12,3 milhões**. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-12-no-4-trimestre-de-2016.ght ml. Acesso em: 15 out. 2019.

FECOMERCIO. **Varejo perde 108,7 mil pontos de venda em 2016**. Disponível em: http://www.fecomercio-ms.com.br/varejo-perde-1087-mil-pontos-de-venda-em-2016/. Acesso em: 15 out. 2019.

FONTE, Felipe de Melo**. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n.º 14, p.618-688, jul/dez. 2013. Disponível em: http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505. Acesso em: 12 abr. 2019.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE - Sérgio Antônio Fabris - Editor, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n.º 3, p. 123-140, set./dez. 2014. Disponível em: < https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518>. Acesso em: 13 abr. 2019.

MACHADO, Maria de Fátima Antero Sousa et al. Integralidade, formação de saúde, educação em. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 12, n. 2, p.335-345, ago. 2007. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csc/2007.v12n2/335-342/pt>. Acesso em: 14 out. 2019.

MEIRELLES, Henrique de Campos; OLIVEIRA, Dyogo Henrique. **PEC n.º 241**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C992FC6F12 E2962DE9 F11A0BB01E06B4.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>.Acesso em: 10 out. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p.203-224, 11 nov. 2018. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18098>. Acesso em: 14 out. 2019.

ORDAGCY, André da Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n.º 1, p. 16-35, jan.º/jun.º 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/110148>. Acesso 13 abr. 2019.

RIBEIRO, Wesllay Carlos; JðLIO, Renata Siqueira. Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições brasileiras. **Novos Estudos Jurídicos**, S.l., v. 15, n. 3, p.447-460, dez. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/2768>. Acesso em: 10 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner**.** Reserva do Possível, Minimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, v. 1, n.º 1, p.171-213, out. 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Panóptica, Vitória, ano 1, n.º 4, dez. 2006, p. 1-22. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 4, p.23-51, 2006. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SILVA, Isis de Almeida; BENACCHIO, Marcelo. A conceituação da Teoria da Reserva do Possível: Reflexões para a concretização da desjudicialização. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 139, n. 26, p.55-68, maio 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.17808/des.29.287>. Acesso em: 14 out. 2019.

SOARES NETO, Horígenes Fonte. Cláusula da Reserva do Possível e a limitação à garantia constitucional de pleno acesso à saúde. **Vertentes do Direito**, Palmas, v. 1, n. 6, p.56-71, fev. 2019. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/6304/15310>. Acesso em: 14 out. 2019.

SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p.77-109, ago. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058>. Acesso em: 14 out. 2019.

TORRONTEGUY, Marco Aurélio Dantas. **O Direito Humano à Saúde no Direito Internacional.** 2010. 374 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VIEIRA, Fabiola Sulpina; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, Ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas Sobre As Américas**, Brasília, v. 10, n.º 3, p.1-28, 2016. Disponível em: <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2017/01/21860-68023-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**: Revista de saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 1, n.º 20, p.77-100, jun.º 2010. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/physis/2010.v20n1/77-100/pt>. Acesso em: 10 abr. 2019.

VIOTTI, Ana Carolina de Carvalho. **As práticas e os saberes médicos no Brasil Colonial (1677-1808).** 2012. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em História da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2012.

WEBER, Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 54, n.º 127, p.197-210, jun.º 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/kr/v54n127/n127a11.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

VITÓRIA DAVALOS DE SOUZA

Formada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado, advogada militante pelos direitos fundamentais.

Aficionada por livros de ficção, mas produtora de conteúdo não ficcional.

Fadada a amar o Direito e escrever sobre cada uma das suas nuances, em especial, sobre direito à saúde e direito à privacidade.

Num mundo em que, em teoria, há tudo disponível a todos, é esdrúxulo termos que lutar pelos direitos mais básicos das pessoas. E essa luta começa na academia.

E é por isso que a decisão de se dedicar à produção de uma ciência séria pautada em dados e não em achismos foi elementar.